





THÉORIE

DU

CODE PÉNAL

PAR

M. CHAUVEAU ADOLPHE

ET

M. FAUSTIN HÉLIE,

Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

QUATRIÈME ÉDITION

ENTIÈREMENT REVUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE,

PAR

M. FAUSTIN HÉLIE.

TOME TROISIÈME.

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE.

COSSE ET MARCHAL, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION,

Place Dauphine, 27.

1862



THÉORIE

DU

CODE PÉNAL.

III

PARIS. — Imprimerie de COSSE et J. DUMAINE, rue Christine, 2.

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL

PAR

M. CHAUVEAU ADOLPHE

ET

M. FAUSTIN HÉLIE,

Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

QUATRIÈME ÉDITION

ENTIÈREMENT REVUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE,

PAR

M. FAUSTIN HÉLIE.

TOME TROISIÈME.



PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE.

COSSE ET MARCHAL, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION,

Place Dauphine, 27.

1862



THÉORIE

DU

CODE PÉNAL.

CHAPITRE XXXI.

DES ABUS DE L'AUTORITÉ.

(*Commentaire des art.* 184 *à* 198 *Cod. pén.*)

740. Division des abus d'autorité.

§ Ier. — *De la violation du domicile.*

741. De la violation du domicile. Règles du droit romain.
742. Dispositions de qnelques législations modernes.
743. Dispositions du code pénal (art. 184).
744. Dans quels cas le domicile d'un citoyen peut étro légalement violé.
745. Exception à l'inviolabilité à l'égard des maisons ouvertes au public.
746. Autres exceptions pendant la durée du jour seulement.
747. Dans les cas d'arrestation des prévenus ou condamnés.
748. Droits du juge d'instruction pendant les informations.
749. Droits des gardes forestiers.
750. Droits des préposés des contributions indirectes et des douanes.
751. Règles générales qui résument les exceptions qui précèdent.
752. Modifications apportées à l'article 184 par la loi du 28 avril 1832.
753. De la condition qui veut qne la visite ait été opérée contre le gré du citoyen.
754. Peines du délit de violation de domicile.
755. L'ordre d'un supérieur est une cause d'excuse.
756. De la violation de domicile à l'aide de menaces ou de violences (2e paragraphe de l'art. 184).
757. Cas où cette violation n'est qu'un acte préparatoire d'un autre délit.

§ II. — *Du déni de justice.*

§ III.— *Violences exercées sans motif légitime dans l'exercice des fonctions.*

§ IV. — *Violation du secret des lettres.*

§ V.— *Abus d'autorité contre la chose publique.*

§ VI. — *De quelques délits relatifs à la tenue des registres de l'état civil.*

§ VII. — *De l'exercice de l'autorité publique illégalement anticipé ou prolongé.*

---

740. Les abus d'autorité se divisent en deux classes, suivant qu'ils sont commis *contre les particuliers* et *contre la chose publique.*

Les fonctionnaires abusent de leur autorité contre les particuliers, lorsqu'ils s'introduisent illégalement dans leurs domiciles, lorsqu'ils refusent de leur rendre justice, lorsqu'ils usent de violences envers les personnes sans motifs légitimes, enfin, lorsqu'ils portent atteinte au secret des correspondances.

Ils abusent de leur autorité contre la chose publique, quand ils requièrent ou ordonnent l'emploi de la force publique pour empêcher l'exécution d'une loi ou la perception d'une contribution légale, ou l'effet d'un ordre émané d'une autorité légitime.

Ces divers délits sont empreints d'une criminalité différente, prennent des caractères, se composent d'éléments distincts que nous devons successivement examiner.

§ Ier.

De la violation du domicile.

741. Le premier de ces délits est *la violation du domicile.*

Le principe qui déclare inviolable le domicile des citoyens remonte aux législations les plus anciennes. Cicéron le proclamait comme une règle commune : *Quid est sanctius, quid omni religione munitius quàm uniuscujusque civium domus? Hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut indè abripi neminem fas sit* [1]. La loi romaine, en effet, punissait l'introduction par violence dans le domicile d'un citoyen : *Lex Cornelia de injuriis competit ei qui injuriarum agere volet ob eam rem quod se pulsatum, verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat* [2]. La violation du domicile était assimilée aux violences et aux coups. Les jurisconsultes romains décidaient en même temps qu'il n'était pas permis d'arracher un citoyen de sa maison pour le traduire en justice : *Plerique putaverunt nullum de domo suâ in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui indè in jus vocaret vim inferre videri* [3]. Ainsi, dans le droit romain, le foyer domestique, la maison du citoyen était un refuge, un asile sacré : nul ne pouvait y pénétrer par la force, nul ne pouvait en être arraché : *Lex Cornelia dedit actionem quòd quis domus ejus vi introita sit* [4]... *De domo suâ nemo extrahi debet* [5].

742. Ces règles tutélaires se sont reproduites dans quelques législations modernes : « La loi anglaise, dit Blakstone, a une haute idée de la sûreté d'un particulier dans sa maison qu'elle appelle sa forteresse, et jamais elle ne souffre qu'on la viole impunément [6]. » C'est en effet une règle de la procédure de ce pays, qu'un constable ne peut forcer l'entrée du domicile, même pour l'exécution d'un ordre d'arrestation, à moins qu'il ne s'agisse d'un cas de forfaiture [7]. Ce-

[1] Cicero, pro domo, c. 41.
[2] L. 5, in pr. Dig. de injuriis et famosis libellis.
[3] L. 18, Dig. de in jus vocando.
[4] L. 5, Dig. injuriis et fam. libellis.
[5] L. 21, Dig. de in jus vocando.
[6] Comm. sur les lois anglaises, cod. crim., c. 16.
[7] Stephen's Summary of the criminal law, p. 162 et 236.

pendant la loi pénale anglaise ne punit la violation de domicile que dans des cas déterminés et assez restreints : ce délit *(burglary)* n'existe en effet que lorsque la violation s'opère avec effraction *(in breaking and entering)*, pendant le cours de la nuit, et avec l'intention de commettre un crime *(with intent to commit a felong wherin* [1]*)*.

Les lois américaines, tout en recueillant cette incrimination, l'ont soumise à une distinction : lorsque la violation du domicile est faite pendant le jour, la peine est un emprisonnement de trois à cinq ans; lorsqu'elle a lieu pendant la nuit, cette peine s'élève à sept et même jusqu'à dix ans; mais les autres éléments du délit sont maintenus. Il faut donc que la violation s'opère avec violence, avec effraction; il faut donc qu'elle ait pour but la perpétration d'un crime [2]. Ainsi, dans ces diverses législations, ce n'est pas l'acte du fonctionnaire, ce n'est pas l'abus de pouvoir que le législateur punit, c'est l'acte de tout agent revêtu ou non de fonctions, c'est la violence, c'est l'effraction, c'est l'acte préparatoire d'un crime : il est évident que ces hypothèses s'éloignent presque entièrement de la nôtre.

Le code du Brésil renferme, au contraire, des dispositions qui rentrent tout à fait dans notre sujet. L'article 209 punit de six mois d'emprisonnement le seul fait *d'entrer de nuit dans la maison d'autrui sans le consentement de la personne qui y demeure*. L'article 210 punit encore, mais d'une peine plus faible (trois mois d'emprisonnement), le fait *d'entrer de jour dans la maison d'autrui, hors le cas permis et sans les formalités légales*. Cette prohibition reçoit des exceptions dans les cas d'exécution de mandats ou de flagrant délit. Mais, dans ces cas mêmes, la loi veille encore avec sollicitude : « L'officier de justice, chargé de la diligence, l'exécutera avec toute circonspection vis-à-vis des habitants de la maison, en respectant la modestie et l'honneur de la famille, et il sera dressé du tout un acte signé par l'officier et par les témoins. »

[1] Stephen's Summary of the criminal law, p. 162 et 236.

[2] Revised statutes of the state of New-York, art. 2, s. 10 ; Penal Code o Georgia, fifth div. s. 12, 13 et 14.

743. En France, le législateur ne s'est pas montré moins inquiet de la liberté et de la sûreté des citoyens. La sainteté du domicile a été solennellement proclamée par l'article 359 de la constitution du 5 fructidor an III, et par l'article 76 de la constitution du 22 frimaire an VIII, portant que : « *La maison de chaque citoyen est un asile inviolable.* »

Ce principe posé, il fallait lui donner une sanction, et tel a été le but de l'article 184, ainsi conçu : « Tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier de justice ou de police, tout commandant ou agent de la force publique, qui, agissant en sadite qualité, se sera introduit dans le domicile d'un citoyen, contre le gré de celui-ci, hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites, sera puni d'un emprisonnement de six jours à un an, et d'une amende de 16 à 500 francs, sans préjudice de l'application du second paragraphe de l'article 144. »

744. Une question grave, et qu'il faut éclaircir avant toute discussion, domine cette incrimination. La loi ne punit l'introduction que lorsqu'elle a lieu hors les cas prévus par la loi et sans *les formalités qu'elle a prescrites.* Quels sont ces cas où le domicile d'un citoyen peut légalement être violé? Quelles sont les formalités qui environnent et protégent le citoyen dans cette violation même?

L'inviolabilité du domicile est, nous l'avons dit, le principe général ; mais, à côté de ce principe, la loi a formulé quelques exceptions dont il importe de poser avec netteté l'étendue et les limites.

Pour déterminer ces cas exceptionnels, il faut distinguer si l'introduction a lieu *pendant la nuit* ou *pendant le jour.*

Nul n'a le droit d'entrer pendant la nuit dans la maison d'un citoyen, si ce n'est *dans les cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison*[1]. Il est évident que de telles exceptions, établies précisément dans l'intérêt des habitants de la maison, n'affaiblissent nullement la règle : l'inviolabilité de

[1] L. 5 fruct. an III, art. 359 ; l. 28 germ. an VI, art. 131 ; l. 22 frim. an VIII, art. 76.

chaque maison pendant la nuit peut donc être considérée comme un principe absolu.

745. Mais ce principe n'étend pas sa protection jusqu'aux maisons ouvertes *au public*. Les articles 9 et 10 du titre 1er de la loi du 19-22 juillet 1791 portent : « A l'égard des lieux où tout le monde est admis indistinctement, tels que cafés, cabarets, boutiques et autres, les officiers de police pourront *toujours* y entrer, soit pour prendre connaissance des désordres ou contraventions aux règlements, soit pour vérifier les poids et mesures, le titre des matières d'or et d'argent, la salubrité des comestibles et médicaments... Ils pourront aussi entrer *en tout temps* dans les maisons où l'on donne habituellement à jouer des jeux de hasard, et dans les lieux livrés notoirement à la débauche. » L'article 235 de la loi du 28 avril 1816 a ajouté à cette nomenclature les brasseries et distilleries en activité : « Les visites et exercices pourront être faits *la nuit* dans les brasseries, distilleries, lorsqu'il résultera des déclarations que ces établissements sont en activité. » Mais, dans ce dernier cas, le pouvoir des employés est limité au temps de l'activité.

Quelques doutes s'étaient élevés sur le sens de ces expressions *toujours, en tout temps*, dont s'est servie la loi du 19 22 juillet 1791 : l'assemblée législative déclara, par un décret du 24 septembre 1792, que ces termes attribuaient aux officiers de police le droit d'entrer même *pendant la nuit* dans les maisons ouvertes au public.

Mais que faut-il entendre par la nuit? Où commence-t-elle, où s'arrête-t-elle dans l'intention de la loi? Cette question se trouve résolue, à l'égard de l'introduction dans les maisons particulières, par le décret du 4 août 1806, portant : « Le temps de nuit, où l'article 131 de la loi du 28 germinal an VI défend à la gendarmerie d'entrer dans les maisons des citoyens, sera réglé par les dispositions de l'article 1037 du code de procédure civile. » En conséquence, la prohibition d'entrer dans les maisons particulières, si ce n'est dans les cas que nous venons d'énumérer, existe, savoir : depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars, avant six heures du matin et après six heures du soir ; et depuis le 1er avril jusqu'au 30 septem-

bre, avant quatre heures du matin et après neuf heures du soir [1].

Mais cette disposition ne saurait s'appliquer à l'introduction des officiers *dans les maisons ouvertes au public*. En effet, tout le pouvoir de ces officiers se puise dans les articles 9 et 10 du titre 1er de la loi du 19-22 juillet 1791, dont nous avons rapporté les textes; or, il nous semble résulter de ces articles que le droit de visite est subordonné pendant la nuit à l'ouverture même de ces lieux, c'est-à-dire qu'il ne peut être exercé que pendant le temps qu'ils sont ouverts au public. Cela ressort clairement de ces expressions mêmes de la loi, *à l'égard des lieux où tout le monde est admis indistinctement;* car il serait étrange de supposer que le droit de visite de ces officiers pendant la nuit pût être la conséquence de l'admission du public pendant le jour. C'est donc lorsque le lieu est ouvert à tout le monde, que la loi a voulu qu'il fût également ouvert aux officiers publics. Cette interprétation, que la cour de cassation a formellement consacrée [2], se trouve d'ailleurs confirmée soit par l'article 235 de la loi du 28 avril 1816, qui dispose que les employés peuvent se présenter chez les débitants de boissons *pendant tout le temps que les lieux de débit seront ouverts au public;* soit par l'article 129 de la loi du 28 germinal an VI, qui autorise la gendarmerie à visiter les auberges, cabarets, et autres maisons ouvertes au public, même pendant la nuit, *jusqu'à l'heure où lesdites maisons doivent être fermées d'après les règlements de police.*

746. Le principe de l'inviolabilité du domicile reçoit des exceptions plus nombreuses pendant le jour. La loi a formulé ces exceptions dans cette seule règle : « On peut entrer dans le domicile d'un citoyen pour un objet spécial déterminé ou par une loi, ou par un ordre émané d'une autorité publique [3]. »

[1] La loi anglaise définit *la nuit* en termes beaucoup plus vagues; elle existe lorsque l'aube ou le crépuscule ne permet pas de distinguer la face d'un homme, *to discern a man's face, though the sun be set or not risen.*

[2] Cass. 12 nov. 1830, Journ. du dr. crim. 1830, p. 24.

[3] Lois 5 fruct. an III, art. 359; 28 germ. an VI, art. 131; 22 frim. an VIII, art. 76.

L'exécution de cette faculté a lieu lorsqu'il s'agit d'exercer une surveillance ou de procéder à des vérifications prescrites par la loi ; de mettre à exécution soit des ordres d'arrestation, soit des condamnations à des peines corporelles ; enfin, d'opérer des visites domiciliaires pour découvrir les traces d'un crime, d'un délit ou d'une contravention. Examinons dans quelles limites ce pouvoir doit être exercé.

L'article 8 du titre 1er de la loi du 19-22 juillet 1791 autorise les officiers de police municipale à pénétrer dans les maisons des citoyens pour la confection des états de recensement, pour la vérification des registres des logeurs, pour l'exécution des lois sur les contributions directes.

Ces mêmes officiers peuvent entrer dans les maisons ouvertes au public pour y vérifier les poids et mesures, le titre des matières d'or et d'argent, la salubrité des comestibles et des médicaments [1], pour y constater les contraventions aux règlements [2], enfin pour y surveiller les désordres qui peuvent s'y commettre, et rechercher les personnes qui auraient été signalées à la justice [3].

747. Les ordres d'arrestation, c'est-à-dire les mandats d'amener, les mandats d'arrêt, les ordonnances de prise de corps et les jugements et arrêts de condamnation, ne donnent pas aux agents qui en sont porteurs le droit d'entrer dans toutes les maisons où ils suspectent que l'individu objet de la perquisition peut se trouver : ce droit n'existe qu'à l'égard du domicile même du prévenu ou du condamné. Cela résulte positivement des articles 36 et 37 du code d'instruction criminelle, de l'article 131 de la loi du 28 germinal an VI, et de l'article 185 de l'ordonnance du 29 octobre 1820 ; ce dernier article porte : « Lorsqu'il y aura lieu de soupçonner qu'un individu déjà frappé d'un mandat d'arrestation, ou prévenu d'un crime ou délit

[1] Loi 19-22 juill. 1791, t. 1, art. 9.

[2] *Ibid.*

[3] *Ibid.* art. 129 ; loi 28 germ. an VI.

pour lequel il n'y aurait pas encore de mandat décerné, s'est réfugié dans la maison d'un particulier, la gendarmerie peut seulement garder à vue cette maison, où l'investir en attendant l'expédition des ordres nécessaires pour y pénétrer et y faire l'arrestation de l'individu réfugié. » Ce dernier cas rentre alors dans les règles relatives aux visites domiciliaires.

Le législateur a abusé quelquefois des *visites domiciliaires :* une loi du 10 août 1792 les autorise pour la recherche des armes qui se trouvent chez les citoyens; une loi du 28 août 1792, pour constater la quantité des munitions et le nombre des armes; une loi du 4 mai 1793, pour vérifier la quantité des grains et farines; une loi du 26 thermidor an VII, pour l'arrestation des embaucheurs, des émigrés et des brigands. L'article 359 de la constitution du 5 fructidor an III posa en règle : « qu'aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi, et pour la personne ou l'objet expressément désigné dans l'acte qui ordonne la visite. » La loi soumet les visites à des règles différentes, suivant qu'elles ont pour objet l'intérêt général de la répression du crime et des délits, ou l'intérêt spécial du fisc.

748. Aux termes de l'article 87 du code d'instruction criminelle, le juge d'instruction a le droit de se transporter d'office, ou sur la réquisition du procureur impérial, dans le domicile *du prévenu*, pour y faire les perquisitions et les recherches utiles à la manifestation de la vérité. Ce droit peut même s'étendre, d'après l'article 88, aux *autres lieux* où le juge présumerait que les objets indicateurs ont été déposés; mais c'est à ce magistrat seul que la loi délègue la délicate mission de faire de telles perquisitions : le procureur impérial et ses auxiliaires ne peuvent y procéder que dans le seul cas de flagrant délit, et leur pouvoir est restreint sous un double rapport : il faut, pour qu'ils puissent agir, que le fait de flagrant délit soit qualifié *crime* par la loi (articles 32 et 40); et ils ne sont autorisés à pénétrer que dans la seule maison du prévenu (articles 36 et 40). Les formalités que le juge d'instruction, le procureur impérial et les officiers

de police judiciaire doivent accomplir dans ces opérations, sont indiquées par les articles 38 et 39 du code d'instruction criminelle [1].

749. L'intérêt du fisc a fait accorder le même droit, dans certains cas, aux gardes forestiers, aux préposés de l'administration des contributions indirectes, aux préposés des douanes.

L'article 161 du code forestier, après avoir prescrit aux gardes de suivre les objets enlevés par les délinquants, jusque dans les lieux où ils auront été transportés, ajoute : « Néanmoins ils ne pourront s'introduire dans les maisons, bâtiments, cours adjacentes et enclos, si ce n'est en présence soit du juge de paix ou de son suppléant, soit du maire du lieu ou de son adjoint, soit du commissaire de police. » La question s'est élevée de savoir si le défaut d'assistance légale doit influer sur la régularité du procès-verbal ; la cour de cassation a jugé la négative par plusieurs arrêts [2]. Ses motifs ont été que : « la défense faite aux gardes forestiers de s'introduire dans le domicile des particuliers, sans être accompagnés de certains fonctionnaires publics, n'est qu'une mesure de police pour protéger la sûreté individuelle et faire respecter le domicile des citoyens, et qu'il est évident que l'assistance de ces fonctionnaires n'influe en aucune manière sur la vérification et la constatation du délit, que les gardes seuls ont le droit de faire. » Mais si ce défaut d'assistance n'entraîne pas la nullité du procès-verbal, il pourrait constituer le délit de violation de domicile. A la vérité, la cour de cassation pose en règle que lorsque le délinquant ne s'oppose pas à l'introduction du garde qui n'est pas assisté d'un officier public, il est présumé y avoir consenti : mais cette présomption ne suffirait pas pour couvrir le délit ; il faudrait apporter la preuve formelle du consentement. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point, en analysant les circonstances caractéristiques du délit énumérées par l'article 184.

[[La visite domiciliaire faite par un garde est régulière, pourvu qu'elle ait lieu en présence du maire, et qu'elle ait été opérée à la

[1] *Voyez* le Traité de l'inst. crim. t. 5, p. 493.

[2] Cass. 22 janv. et 12 juin 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 92 et 240.

suite de la constatation d'un délit forestier. Ainsi il a été décidé par un arrêt : « que si la maison du citoyen est un asile inviolable, si cette garantie de la sûreté du domicile a été consacrée par toutes les constitutions qui ont régi la France, et si elle l'est encore aujourd'hui par les dispositions de l'article 184, ce principe admet cependant de justes et nécessaires exceptions; qu'ainsi pendant le jour on peut entrer dans le domicile d'un citoyen pour un objet spécial déterminé ou par une loi, ou par un ordre émané de l'autorité compétente; que par l'article 161 du code forestier les gardes sont autorisés à suivre les objets enlevés par les délinquants jusque dans les lieux où ils auront été transportés, et qu'il résulte du deuxième paragraphe du même article qu'en présence soit du juge de paix ou de son suppléant, soit du maire du lieu ou de son adjoint, soit du commissaire de police, ils peuvent s'introduire dans les maisons, bâtiments, cours adjacentes et enclos; qu'enfin l'article 189 déclare ces dispositions applicables aux poursuites exercées au nom et dans l'intérêt des particuliers, pour délits et contraventions commis dans les bois qui leur appartiennent; que l'intervention de l'officier public suffit pour légitimer l'opération [1]. » Mais ce droit est formellement restreint au cas où la visite est la suite de la reconnaissance d'un délit en forêt; c'est ce qui a été établi par un autre arrêt, qui déclare : « que cette suite devient une conséquence et une annexe de l'opération en forêt, et ne forme avec elle qu'un seul tout, pour lequel les attributions des gardes se trouvent ainsi prorogées; qu'en dehors de ce cas particulier, et de ceux qui peuvent être prévus par des dispositions spéciales de la loi, les gardes forestiers demeurent étrangers à la police urbaine, qu'ils sont notamment sans pouvoir et sans qualité pour s'introduire dans le domicile des citoyens et y chercher les traces d'un délit quelconque [2]. »]]

750. Le droit de visite dont jouissent les préposés des contributions indirectes se trouve aujourd'hui défini par les articles 235,

[1] Cass. 18 déc. 1845, Bull. nº 367.
[2] Cass. 17 juill. 1858, Bull. nº 202.

236 et 237 de la loi du 28 avril 1816. Aux termes des deux premiers de ces articles, les visites et exercices ne peuvent avoir lieu que chez les redevables sujets aux exercices, et ces visites ne peuvent se faire que pendant le jour; mais l'article 237 de la même loi a étendu jusque sur les simples particuliers le droit de visite; il importe d'en examiner les termes : « En cas de soupçon de fraude à l'égard des particuliers non sujets à l'exercice, les employés pourront faire des visites dans l'intérieur de leurs habitations, en se faisant assister du juge de paix, du maire, de son adjoint ou du commissaire de police, lesquels seront tenus de déférer à la réquisition qui leur sera faite, et qui sera transcrite en tête du procès-verbal. Ces visites ne pourront avoir lieu que d'après l'ordre d'un employé supérieur, du grade de contrôleur au moins, qui rendra compte des motifs au directeur du département. » Cette disposition soumet la visite domiciliaire à deux conditions : l'ordre spécial de l'employé supérieur, et l'assistance d'un officier public.

L'ordre préalable est constitutif du droit lui-même : les employés ne pourraient, sans se rendre coupables du délit prévu par l'article 184, pénétrer sans en être munis dans la maison d'un particulier. La cour de cassation a énergiquement consacré ce principe, en déclarant « que cet ordre est le brevet spécial qui seul, dans le cas de soupçon de fraude, constitue le caractère d'employé, donne la mission extraordinaire, et confère le pouvoir de pénétrer dans l'habitation d'un simple particulier, par exception formelle au principe général de l'inviolabilité du domicile; que cette mission exceptionnelle doit donc être prouvée par ceux qui l'ont reçue, en en produisant le titre, dès qu'ils se mettent en devoir de la remplir; d'où il suit qu'ils sont tenus d'exhiber ce titre, tant à l'officier de police dont ils requièrent l'assistance, qu'au particulier qui y est condamné : à l'officier de police, pour qu'il sache que sa présence est légalement requise, et qu'en conséquence il est tenu de déférer à la réquisition, au particulier, pour qu'il puisse vérifier et reconnaître que c'est bien son domicile qui est l'objet de la visite extraordinaire qui doit se

faire, et qu'il est de son devoir de s'y soumettre[1]. » De là, la cour de cassation a induit avec raison que le défaut d'exhibition d'un ordre légal, préalable et spécial, est un vice radical qui emporte la nullité de toute l'opération. Il faut ajouter que l'introduction dans le domicile, dépourvue de cette exhibition qui seule couvre et justifie les préposés, rentrerait nécessairement dans les termes de l'article 184. Ces règles s'étendent aux préposés des octrois comme à ceux des contributions indirectes[2]. Et il a été jugé qu'en matière de dépôt frauduleux de tabacs, les gendarmes et les gardes champêtres et forestiers, que l'article 223 de la loi du 28 avril 1816 charge de la poursuite et de la saisie, doivent s'arrêter devant l'entrée du domicile privé, et « qu'ils ne peuvent qu'avertir les employés des contributions indirectes, dont les chefs seuls ont le droit d'autoriser ou de refuser, suivant les circonstances, des perquisitions pour vérifier les faits dénoncés, et, en cas d'autorisation, de faire procéder à ces perquisitions par des préposés auxquels ils confèrent à cet effet une mission extraordinaire, un brevet spécial et nominatif d'introduction[3]. »

La jurisprudence a reconnu à la deuxième condition de l'introduction, à l'assistance d'un officier public, un autre caractère. Ici, de même qu'en matière forestière, cette assistance n'est considérée que comme une mesure de police dont l'omission ne vicie pas nécessairement l'acte du fonctionnaire. Les motifs de cette distinction, développés avec soin par M. Barris, dans un arrêt que nous avons déjà cité, sont : « que cette assistance, qui est un hommage à l'inviolabilité du domicile, étant ordonnée, en même temps, pour la sûreté des particuliers non sujets à l'exercice et pour les garantir de tout abus, pendant les visites autorisées extraordinairement sous

[1] Cass. 10 avr. 1823, Sir. 23. 1. 278; 16 avr. 1818 et 13 févr. 1819, S. 19. 1. 177 et 257.

[2] Cass. 5 sept. 1834, Jour. du dr. crim. 1835, p. 81.

[3] Arr. Nancy, 10 mars 1837, Journ. du dr. crim. p. 66.

cette condition, ne tient point toutefois comme l'ordre, qui est l'objet de la deuxième disposition de l'article 237, à la constitution du caractère d'employé, ni à la mission spéciale sans laquelle la visite ne peut avoir lieu ; que, prescrite pour l'exercice de cette mission, elle donne au particulier non sujet le droit de l'exiger et de refuser toute visite de son habitation en l'absence de l'officier de police ; mais que s'il veut bien ne point user de ce droit, il est naturel et juste qu'après coup il ne soit point admis à se plaindre d'une opération qui n'a été que la suite de son défaut de réclamation, dans le seul moment où une réclamation de sa part l'aurait empêchée[1]. » Il est certain que cette distinction, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, rentre à certains égards dans le système de l'article 184 ; mais il importe cependant de remarquer, et nous l'établirons plus loin, que le défaut de réclamation n'est pas un obstacle à l'existence du délit de violation de domicile : il faut qu'il soit constaté que l'introduction s'est faite avec le consentement du citoyen dont le domicile est violé.

Enfin, les visites domiciliaires sont encore autorisées en matière de douanes par la loi du 28 avril 1816 (art. 60), en matière de dépôt de poudres par l'article 26 du décret du 13 fructidor an V. Dans cette double hypothèse, de même que dans tous les cas que nous venons de parcourir, les visites ne peuvent se faire que pendant le jour ; les officiers municipaux sont, du reste, appelés soit à les protéger de leur présence, soit à les opérer eux-mêmes, et les règles qui viennent d'être développées s'appliquent dès lors à ces deux cas.

751. Reprenons, pour la résumer, l'énumération qui précède. Pendant la nuit, l'entrée des maisons particulières est interdite aux agents de l'autorité : le péril imminent ou les cris des habitants eux-mêmes permettent seuls d'y pénétrer. Ce privilége ne s'étend point aux maisons publiques, mais ces maisons elles-mêmes ne sont accessibles à ces agents que pendant la durée de leur ouverture. Durant le jour, l'accès des maisons particulières est permis, soit pour l'exé-

[1] Cass. 10 avr. 1823, Sir. 23. 1. 279.

cution d'une loi qni autorise cette mesure, soit pour l'exécution d'un arrêt ou jugemeut emportant coudamnation à uue peine corporelle, soit enfin pour l'exécution d'un mandat du juge, ou pour l'instruction d'un procès criminel : nous avons précisé les limites du droit de visite dans chacun de ces actes, et les formes qui sont les garanties du citoyen et qui peuvent seules en légitimer l'exercice. Le corollaire de cet examen est l'établissement d'une règle générale : toutes les fois que les officiers de justice ou de police, les commandants ou agents de la force publique s'écartent de ces limites ou de ces formes, ils agissent, suivant les termes mêmes de l'article 184, *hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites*, et dès lors ils commettent le délit de violation de domicile. Telle est la base indispensable de cette incrimination, et nous avons dû nécessairement nous arrêter à l'établir. Maintenant nous devons examiner les conditions exigées par la loi, pour que l'introduction même illicite prenne le caractère moral du délit.

752. L'article 184 a été modifié sous plusieurs rapports par la loi du 28 avril 1832. Le texte primitif étendait la disposition pénale à *tout juge, tout procureur général ou du roi, tout substitut, tout administrateur ou tout autre officier de justice ou de police;* cette nomenclature a été rectifiée et étendue : l'article 184 s'applique actuellement à *tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier de justice ou de police, tout commandant ou agent de la force publique.* Ces deux énumérations ne diffèrent que sur un seul point : les agents de la force publique, qui n'étaient pas tous compris dans la première rédaction, le sont dans la seconde. « On avait oublié, a dit l'auteur de cette addition, que les gendarmes ne sont pas des officiers de police judiciaire, que cependant ils en remplissent quelquefois les fonctious, et que, lorsqu'ils mettent à exécution soit un mandat d'arrestation, soit un arrêt portant l'emprisonnement, ils peuvent commettre le délit de violation de domicile. »

Une deuxième innovation consiste dans l'addition des mots *agissant en sa qualité :* il en résulte que la violation de domicile commise par le fonctionnaire peut avoir un double caractère : lorsqu'il agit en

vertu de ses fonctions, lorsqu'il invoque son autorité, son délit rentre dans les termes de la première partie de l'article 184; lorsqu'il agit, au contraire, en dehors de ses fonctions, et qu'il n'emploie pas son autorité pour commettre le délit, l'action est assimilée à celle d'un simple particulier, et le fait ne revêt un caractère criminel qu'autant qu'il réunit les conditions prescrites par le deuxième paragraphe du même article.

753. Une troisième addition, beaucoup plus importante, a été de n'incriminer l'introduction dans le domicile d'un citoyen qu'autant qu'elle a eu lieu *contre le gré de celui-ci*. Il faut bien se fixer sur le sens de ces termes. La loi n'a point voulu punir la seule omission des formes, même la violation du droit; l'adhésion du citoyen lésé par la visite en couvre les vices, en écarte la criminalité : ce que la loi a voulu atteindre, c'est la mesure vexatoire, c'est l'acte arbitraire, c'est l'abus de pouvoir. Il faut donc que la visite faite chez un citoyen, hors des cas prévus par la loi, ait eu lieu *contre le gré de celui-ci*, c'est-à-dire contre sa volonté. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait autorisation de sa part, car un député avait proposé de mettre dans l'article au lieu de ces mots : *contre le gré de celui-ci*, ceux-ci : *sans l'autorisation de celui-ci*, et cet amendement fut rejeté [1]. Il n'est pas nécessaire, d'un autre côté, que des violences aient été exercées, car la loi ne s'est point servie de cette expression qu'elle a employée, au contraire, dans le second paragraphe du même article : il faut qu'il y ait consentement formel ou tacite; il suffirait donc de prouver, non-seulement que l'habitant ne s'est pas opposé à la mesure, mais qu'il n'y a pas adhéré, qu'il ne l'a pas subie volontairement, pour que le fait dût être considéré comme punissable.

Cette disposition a pris sa source dans la jurisprudence de la cour de cassation, dont nous avons cité plus haut les arrêts, et qui pose en principe que la présence du juge de paix ou du maire, dans certaines visites domiciliaires, a pour unique effet de donner au particulier le droit de s'opposer à l'introduction des officiers de police dans

[1] Code pénal progressif, p. 241.

son domicile, hors la présence de ce fonctionnaire, et que cette introduction, si le particulier ne s'y est pas opposé, n'emporte aucune nullité des procès-verbaux ou des saisies. Mais il faut prendre garde que, dans l'espèce de ces arrêts, la question portait uniquement sur la validité des actes, et nullement sur les caractères constitutifs du délit : l'irrégularité des formes n'emporte pas nécessairement la nullité des actes ; mais la violation des garanties édifiées par la loi pour la protection des citoyens ne peut être couverte par le seul silence et leur défaut de réclamatiou : l'article 184 n'exige pas qu'il y ait opposition et résistance à la visite ; il demande seulement, comme élément de l'incrimination, qu'elle ait été faite contre *le gré* de la partie, et que par conséquent celle-ci ne l'ait pas consentie. C'est donc du consentement que le prévenu doit faire preuve, et non pas du défaut d'opposition seulement.

[[Toutefois il y a lieu de distinguer, au moins en matière spéciale, si la visite, faite du consentement du citoyen, est ou n'est pas l'exercice d'un droit ; car, faite en dehors des cas prévus par la loi, elle ne pourrait produire, même avec le consentement de celui-ci, aucun effet légal. On lit dans un arrêt, qui a été déjà en partie reproduit plus haut, « que le consentement du propriétaire à une visite faite dans sa maison, par des gardes opérant en vertu de l'art. 161 C. for., suffit pour couvrir l'irrégularité provenant de ce qu'ils ne se seraient pas faits assister par le maire ; qu'en effet la présence d'un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire n'a pour objet que de donner une protection au citoyen, et d'assurer le respect dû à l'inviolabilité de son domicile, sans être une condition de la régularité du procès-verbal et sans que la loi attache à son omission la peine de nullité; mais qu'il n'en est plus de même lorsque les gardes procèdent à une visite domiciliaire qui n'est point la suite et le complément d'une opération forestière ; qu'ils sont alors sans droit et sans qualité pour pénétrer dans la maison, y faire des recherches et y verbaliser ; que les actes qu'ils y dressent, étant l'œuvre de préposés sans attributions, se trouvent dépourvus de tout caractère probant, et qu'il ne peut dépendre de la volonté d'un particulier de

conférer à des agents de l'autorité un pouvoir ou une compétence qu'ils ne tiennent pas de la loi [1]. »]]

754. Tels sont les éléments du délit de violation de domicile : ce délit est du petit nombre de ceux dont la peine a été aggravée par la loi du 28 avril 1832. Le code de 1810 n'avait porté d'autre pénalité qu'une amende de 16 à 200 fr. L'exposé des motifs justifiait en ces termes l'excessive indulgence de cette peine : « L'on a, dans cette matière, cherché plutôt une peine efficace qu'une peine sévère. L'espèce du délit qu'on examine ne tire point sa source de passions viles et basses, comme les concussions ou la corruption ; un zèle faux ou mal entendu peut produire assez souvent des abus d'autorité, et il importe de les réprimer, mais avec modération, si l'on veut que ce soit avec succès. Une amende d'ailleurs a sa gravité relative aux personnes qui en sont l'objet ; un fonctionnaire qui n'a point abdiqué tous les sentiments d'honneur sera plus qu'un autre sensible à cette peine et ne s'y exposera plus. » Ces observations attestent une singulière partialité du législateur de 1810 pour les abus de pouvoir des fonctionnaires publics. Il proclame le délit et le laisse à peu près impuni. Il prévoit la violation du droit le plus sacré, et il ne la punit que d'une peine illusoire ! On invoque les égarements d'un zèle pur dans son principe ; mais tous les attentats des fonctionnaires seraient-ils justifiés par les apparences de ce zèle aveugle ? N'est-ce donc que pour obéir à leurs supérieurs, n'est-ce donc pas aussi pour accomplir leurs devoirs envers les citoyens, qu'ils doivent déployer du zèle ? Et puis la violation du domicile peut s'aggraver par les circonstances qui l'accompagnent ; elle peut s'opérer avec des menaces ou des violences ; elle peut être animée par des influences étrangères, par une vengeance privée, par des haines politiques. Or, lorsque le délit s'élève à cette gravité, qu'est-ce qu'une amende pour le punir et pour satisfaire la conscience publique ? Le législateur a dépouillé cette molle et coupable indulgence : la peine s'est élevée à une année d'emprisonnement et 500 fr. d'amende. Ainsi les droits des citoyens,

[1] Cass. 17 juillet 1858, Bull. n° 202.

mieux compris, ont été protégés avec plus d'efficacité; les limites du pouvoir des fonctionnaires ont été marquées avec plus de précision, et les écarts de leur autorité appréciés avec impartialité.

755. Une dernière modification a eu pour objet l'addition de ces mots : *sans préjudice de l'application du* deuxième paragraphe *de l'article* 114. Cette disposition, qui admet une cause de justification pour les préposés qui invoquent l'ordre d'un supérieur, fut attaquée dans le cours de la discussion de la loi du 28 avril 1832 : « Cette excuse, a-t-on dit, s'appliquerait difficilement dans le cas dont il s'agit; car un supérieur peut donner l'ordre de faire une visite domiciliaire; mais celui qui l'exécute peut, dans les détails de sa mission, violer la loi, et le supérieur ne peut être responsable de la violation. D'ailleurs, quand l'illégalité vient du fonctionnaire supérieur, il y a deux délits : le délit du fonctionnaire qui a donné l'ordre, et le délit de celui qui l'a exécuté. La faute du premier n'efface pas celle de l'autre : il y a deux complices; car l'ordre ne suffit pas pour légitimer un délit. » On a répondu à ces objections : « Nous ne soutenons pas la doctrine de l'obéissance passive, mais nous soutenons celle de la responsabilité ministérielle. Nous ne disons pas que les fonctionnaires sont toujours à l'abri de toute responsabilité derrière des ordres supérieurs; nous disons au contraire qu'ils ne doivent obéissance, qu'ils ne sont dégagés de la responsabilité que pour les objets qui sont du ressort hiérarchique. Mais s'ils justifient qu'ils ont agi par ordre des supérieurs auxquels ils devaient obéissance, la responsabilité retombe sur le fonctionnaire supérieur. Ce que nous voulons éviter, c'est d'empêcher que les inférieurs ne désobéissent aux supérieurs pour l'exécution d'ordres légaux. » Tels sont aussi les principes que nous avons posés et développés dans notre chapitre sur *la contrainte*, n° 280. Ainsi, l'agent qui s'introduit dans le domicile d'un citoyen, par l'ordre d'un supérieur, est excusable, si le supérieur et lui-même avaient mission légale pour ordonner et exécuter cette mesure. Ainsi, lorsque l'ordre n'est exécutoire qu'après certaines formalités, son exécution, sans que ces formes aient été accomplies, serait un fait imputable.

756. La loi du 28 avril 1832 a ajouté à l'article 184 un deuxième paragraphe qui est ainsi conçu : « Tout individu qui se sera introduit, à l'aide de menaces ou de violences, dans le domicile d'un citoyen, sera puni d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de seize francs à deux cents francs. » Cette disposition comble une lacune évidente dans le code : car, si le délit de violation de domicile est le plus souvent le résultat d'un abus d'autorité, il peut également être commis par des individus qui ne sont revêtus d'aucune fonction. Mais il est visible que cette disposition n'est point à sa place ; ce n'est que par la connexité de la matière qu'elle se trouve liée à l'article 184 et placée sous la rubrique des abus de pouvoir : le mode adopté pour la révision du code explique cette irrégularité sans la justifier.

L'auteur de ce paragraphe l'a motivé en ces termes : « Il existe une lacune dans le code pénal de 1810 : ses auteurs ont paru oublier qu'il était possible qu'un particulier violât le domicile d'un autre particulier, et cependant l'expérience nous apprend tous les jours le contraire. Dans les grandes villes, où la police s'exerce d'une manière sévère, ce délit a lieu fort rarement ; mais il n'en est pas de même dans les campagnes, où très-souvent les habitants isolés se trouvent exposés à la tyrannie ou à la brutalité des voyageurs. C'est un abus qu'il faut réprimer, c'est une lacune qu'il faut combler : il faut que le citoyen le plus dénué de moyens de défense soit entouré de tous les moyens de sécurité ; la loi et la justice doivent veiller continuellement à ses côtés [1]. »

Le délit prévu par les deux paragraphes de l'article 184 est le même ; cependant les deux dispositions diffèrent, d'abord par les conditions auxquelles est soumise l'incrimination, ensuite par la durée de la peine. Il suffit, pour qu'il y ait délit de la part du fonctionnaire, qu'il ait pénétré en sa qualité dans le domicile d'un citoyen, contre le gré de celui-ci et hors les cas prévus par la loi ; il faut de plus, pour former le délit d'un simple particulier, qu'il y ait eu

[1] Code pén. progressif, p. 242.

emploi de menaces ou de violences. Toutefois la peine est moins grave dans ce dernier cas : c'est que le fonctionnaire commet dans un seul fait un double délit ; non-seulement il viole le domicile ; mais il abuse de sa fonction et de son autorité pour commettre cet acte arbitraire.

757. Nous terminerons nos observations sur ce sujet par une réflexion générale. Nous avons considéré la violation de domicile comme délit principal et *sui generis ;* mais cette introduction violente dans la maison d'autrui pourrait avoir pour motif la perpétration d'un crime, par exemple, d'un vol, d'un rapt, d'un assassinat. Alors il faudrait la considérer, non plus comme un délit principal, mais comme un acte préparatoire, et comme un commencement d'exécution du crime que l'agent se proposait d'accomplir : ce serait la tentative de ce crime qui serait punissable, ce ne serait plus seulement le domicile violé.

§ II.

Du déni de justice.

758. Le deuxième cas d'abus d'autorité prévu par le code est le *déni de justice.* L'article 185 est ainsi conçu : « Tout juge ou tribunal, tout administrateur ou autorité administrative qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties après en avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi et sera puni d'une amende de 200 francs au moins et de 500 francs au plus, et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt. »

Cet article sert de sanction à l'article 4 du code civil, qui porte : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » L'article 506 du code de procédure

civile a défini un autre cas du même délit : « Il y a déni de justice quand les juges refusent de répondre les requêtes, ou refusent de juger les affaires en état ou en tour d'être jugées. » Mais ces exemples ne sont point limitatifs, car l'article 185 inculpe le déni de justice *sous quelque prétexte que ce soit*. La jurisprudence a considéré comme constituant un déni de justice, le renvoi d'une cause à une époque indéterminée[1], l'omission de statuer sur un chef d'un procès[2], et le refus de prononcer sur le fond d'une affaire, après renvoi de la cour de cassation[3].

L'article 185 étend aux fonctionnaires de l'ordre administratif les dispositions que la loi civile n'avait appliquées qu'aux juges : dès qu'ils sont investis du pouvoir de prononcer, dans certains cas, sur les intérêts des citoyens, les mêmes obligations doivent peser sur eux, le même lien de responsabilité doit les étreindre. Mais il faut qu'il y ait litige, ou du moins réclamation pendante devant l'administrateur, et que celui-ci soit compétent pour prendre une décision sur cet objet. Il ne peut y avoir déni de justice qu'autant qu'un intérêt privé attend une décision, et que cette décision soit vainement réclamée.

759. En matière judiciaire, le déni de justice ne donnne lieu, en général, qu'à la prise à partie. Pour que le refus de statuer prenne le caractère d'un délit, il faut qu'il se produise au milieu de certaines circonstances ; il faut que le juge ou l'administrateur ait été requis de prononcer, et qu'il ait persisté à dénier justice après un avertissement de l'autorité supérieure. Cette double condition, qui rend peut-être inefficace la disposition pénale de l'article 185, semble avoir été puisée dans l'ancienne législation : « Si l'accusation se poursuit devant une justice de seigneur, dit Jousse, et que le procureur fiscal et le juge en négligent la poursuite, le juge supérieur peut l'y contraindre[4]. » Cependant l'article 4 du code

[1] Cass. 31 janv. 1811, Sir. 17. 1. 324 ; 10 niv. an II, Bull. n° 67.

[2] Cass. 11 juill. 1823, Sir. 23. 1. 421.

[3] Cass. 16 vend. an VIII, Bull. n° 8.

[4] Traité des mat. crim. t. 3, p. 68.

civil n'avait point fait dépendre la culpabilité du juge de la condition d'un avertissement préalable.

Au reste, il faut bien remarquer que le déni de justice consiste uniquement dans le refus de statuer : la loi ne se préoccupe que des retards et des lenteurs de la décision. Le juge ne répond qu'à sa conscience de l'usage qu'il a fait de son pouvoir ; mais il importe que la justice n'ait point d'entraves, que son cours ne soit point suspendu, que les affaires soient promptement expédiées. Rendre la justice, dans le sens de la loi, c'est prononcer des jugements : *Prætor jus reddere dicitur, etiam cùm iniquè decernit.*

[[Il faut toutefois distinguer le déni de justice constitutif du délit et le déni de justice qui n'est qu'un excès de pouvoir, une infraction aux règles de la juridiction, qui ne donne lieu qu'à l'annulation du jugement. Il a été jugé dans ce sens que le tribunal saisi de plusieurs contraventions imputées au même prévenu, qui, après avoir statué sur l'une de ces contraventions, ajourne indéfiniment la cause jusqu'à ce que la cour de cassation ait prononcé sur le pourvoi formé contre son jugement, commet par excès de pouvoir un déni de justice [1]. Il a encore été jugé que le tribunal de police qui, régulièrement saisi d'une contravention, renvoie à statuer sur la prévention jusqu'à ce qu'un autre tribunal de police, saisi d'une affaire de même nature, ait statué, suspend par là le cours de la justice et commet un excès de pouvoir et un déni de justice [2]. Il est évident qu'il ne s'agit là que d'une violation des règles de la compétence.]]

L'article, par ces mots *pourra être poursuivi*, semble rendre la poursuite facultative : ces mots furent ajoutés, lors de la discussion de cet article au conseil d'État, sur la proposition de Cambacérès, et pour le mettre en harmonie avec l'article 4 du code civil ; ils n'indiquent que la nécessité d'examiner des faits que la plainte de la partie lésée aurait pu dénaturer, avant d'entamer la poursuite d'office.

[1] Cass. 14 déc. 1833, J. P. 25, 1062.
[2] Cass. 7 juill. 1838, Bull. n° 197.

760. Le projet du code ne proposait pour pénalité qu'une interdiction de cinq à dix années; la commission du corps législatif proposa d'en élever le *maximum*. « Le cas prévu dans cet article, porte son rapport, est une grande prévarication, surtout lorsque le fonctionnaire aura méprisé les avertissements de ses supérieurs. Le *maximum* d'une interdiction de dix ans ne serait pas suffisant en certaines circonstances, et le *minimum* de cinq serait quelquefois trop considérable. La commission pense qu'il peut arriver que cette interdiction ne soit pas trop rigoureuse en s'étendant sur la vie entière du coupable, selon la nature et les circonstances du délit; en conséquence, elle propose de substituer aux mots *depuis cinq ans jusqu'à dix*, ceux-ci : *à temps ou à perpétuité*, ces expressions donneront une latitude désirable pour bien graduer la peine. » Le conseil d'État considéra que l'interdiction ne peut être qu'une peine temporaire; mais que le délit étant très-grave et ne pouvant être excusé dans le juge qui persévère à dénier la justice, après en avoir été requis et avoir été averti par ses supérieurs, il convenait de porter le *maximum* à la peine de vingt ans. Cette disposition, qui fut adoptée, forme une sorte d'exception dans l'économie générale du code, dans laquelle les interdictions temporaires de certains droits n'excèdent pas le *maximum* de dix ans.

§ III.

Violences exercées sans motif légitime dans l'exercice des fonctions.

761. Le troisième *abus d'autorité*, prévu par le code, est le délit ou le crime de violences exercées, sans *motif légitime* et dans l'exercice des fonctions, sur les personnes. Rappelons d'abord le texte de l'article 186 : « Lorsqu'un fonctionnaire ou un officier public, un administrateur, un agent ou un préposé du gouvernement ou de la police, un exécuteur des mandats de justice ou jugement, un commandant en chef ou en sous-ordre de la force publique, aura, sans motif légitime, usé ou fait user de violences contre les personnes,

dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, il sera puni suivant la nature et la gravité de ces violences, et en élevant la peine suivant la règle posée par l'article 198 ci-après. »

Nous n'avons point à nous occuper ici de cette peine variable et de l'aggravation qu'elle peut recevoir ; c'est en appliquant l'article 198, auquel renvoie l'article 186, c'est en développant les incriminations relatives aux violences commises sur les personnes, que nous pourrons nous rendre compte des divers degrés qu'elle peut parcourir : notre examen doit se fixer uniquement, dans ce moment, sur les conditions de l'incrimination formulée par l'article 186.

762. Ces conditions sont au nombre de quatre : il faut que l'agent ait la qualité de fonctionnaire ou de préposé du gouvernement, qu'il ait usé de violences envers les personnes, que ces violences aient été exercées pendant l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, enfin qu'elles aient été exercées sans motif légitime.

De ces conditions, les trois premières ne donnent lieu qu'à peu de difficultés. La loi a enveloppé dans son incrimination tous les agents du pouvoir exécutif ; elle a même descendu jusqu'aux préposés les plus infimes, parce que ce sont ceux-là surtout qui peuvent se rendre coupables d'actes de violences ou de mauvais traitements dans l'exercice de leurs fonctions. Elle a également atteint toutes les *violences* commises par ces agents, et ce mot comprend et les blessures et même l'homicide volontaire. Quelques doutes, nés de l'expression indéfinie dont la loi s'est servie, s'étaient manifestés à cet égard. Mais la preuve de la généralité de l'article se tire de son texte même, puisqu'il dispose que l'accusé, s'il a agi sans motif légitime, sera puni suivant la règle posée par l'article 198 ; or, ce dernier article renferme des peines pour tous les délits et pour tous les crimes : on doit donc inférer que l'article 186 enveloppe également dans sa disposition les violences de toute espèce, les plus légères et les plus graves, qu'elles soient qualifiées délits ou qu'elles soient qualifiées crimes. La cour de cassation a confirmé cette interprétation, en déclarant : « que de la disposition de cet article et de sa corrélation avec l'article 198, il résulte évidemment qu'elle s'étend à toutes violences, quelle qu'en

soit la nature, et quel qu'en soit et quel qu'en ait été le résultat [1]. » Du reste, ce qui à nos yeux vient surtout à l'appui de cette doctrine, c'est que toute distinction puisée dans le degré des violences n'eût pas été fondée dans le système de la loi, puisque les règles de responsabilité et de justification sont nécessairement les mêmes dans tous les cas; c'est que ces règles puisent leur force dans les motifs de l'action, et non dans les circonstances extérieures. Mais il faut que l'acte ait été commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions, car ce n'est que la nécessité de cet exercice qui peut justifier les violences; hors de ses fonctions, l'agent n'est plus qu'un homme privé, les violences qu'il commet ne sont plus couvertes par la présomption qu'il accomplissait un devoir; les règles du droit commun lui deviennent applicables.

765. Il est nécessaire enfin, et c'est là la condition essentielle et principale de l'incrimination, que les violences aient été commises *sans motif légitime*. La loi établit par cette disposition un moyen général de justification en faveur des fonctionnaires qui se sont livrés à des actes de violences en exerçant les fonctions : elle les couvre de la présomption générale qu'en se livrant à ces actes, ils n'ont fait qu'exécuter un devoir; elle contraint l'accusation qui les inculpe à prouver qu'aucun motif légitime ne peut les justifier. Il est hors de doute, en effet, que l'agent qui n'a fait que mettre à exécution les actes que ses fonctions lui imposent ne peut être inculpé à raison de ces actes, non parce qu'il n'est pas responsable, mais parce que ces actes sont purs de toute criminalité. Ainsi l'agent qui opère une arrestation en vertu d'un mandat régulier, celui qui met à exécution un jugement de condamnation, celui qui s'oppose à la perpétration d'un délit, enfin celui qui disperse par la force un attroupement séditieux, ceux-là ne commettent ni crime ni délit, parce qu'ils agissent dans un but légitime et pour l'exécution de la loi. Nous supposons toutefois qu'ils se sont strictement renfermés dans le cercle de leurs devoirs; car si, même pour l'exécution d'un acte de leurs fonctions, ils ont

[1] Cass. 5 déc. 1822, Bull. p. 514.

exercé des violences inutiles, s'ils ont déployé la force des armes sans qu'elle fût nécessaire ou commandée par la loi, s'ils ont enfin excédé, en quelque manière que ce soit, les limites dans lesquelles ils devaient agir, ils sont responsables à raison de cet excès; la légitimité du motif ne couvre pas cette partie de l'acte; ils sont passibles d'une peine à raison du délit qu'elle peut former.

Le motif légitime, dans le sens de la loi, c'est l'accomplissement d'un acte qui entre dans l'ordre des devoirs du fonctionnaire. Quelques incertitudes se sont élevées sur ce point : des tribunaux ont confondu le motif légitime qui prend sa source dans les fonctions, et les causes d'excuses qui dérivent des circonstances concomitantes du fait. La cour de cassation avait déclaré avec raison : « qu'en matière d'homicide, coups et blessures, il faut distinguer avec la loi s'ils ont eu lieu d'individus à individus non revêtus de fonctions publiques, ou s'ils ont été commis par des agents ou préposés du gouvernement, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions; qu'au premier cas il est nécessaire, d'après l'art. 328 du code pénal, pour que l'homicide, les coups et blessures ne constituent ni crime ni délit, qu'ils aient été commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui; et qu'au deuxième cas, d'après l'article 186, les violences exercées envers les personnes par des agents ou préposés du gouvernement, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, ne sont punissables qu'autant qu'elles ont été commises sans motif légitime [1]. »

764. Mais de cette distinction quelques magistrats ont induit que la question de la légitimité du motif est la seule qui doive être posée au cas d'une accusation dirigée contre des fonctionnaires; que toutes les questions d'excuse sont comprises dans cette question, et que, par exemple, la provocation doit être considérée comme un motif légitime, et par conséquent comme une cause justificative du meurtre ou des blessures commis par le fonctionnaire [2]. Cette doctrine, qui

[1] Cass. 9 juill. 1825, Bull. n° 130.

[2] De l'irresponsabilité légale des fonctionnaires publics, par M. Calmètes.

confond deux degrés du crime, qui fait sortir le même effet de deux causes distinctes, a été repoussée avec raison par la cour de cassation[1]. Une barrière insurmontable sépare en effet le moyen justificatif et l'excuse, l'exception péremptoire tirée de la légitimité des motifs et l'atténuation résultant de la provocation. La légitimité du motif efface la culpabilité et fait disparaître jusqu'à la pensée du crime : en faisant des blessures, en commettant l'homicide, l'agent n'a fait que remplir un devoir, qu'obéir à des règles de discipline, aux ordres de ses chefs, à la nécessité de défendre ses fonctions attaquées ; il suffit que ce fait justificatif soit établi, l'accusation tombe. L'effet de l'excuse est bien différent : elle atténue le fait, elle en modifie le caractère, elle en altère la criminalité, mais elle ne l'efface point ; son résultat peut être d'adoucir la peine, mais non de l'abolir: l'accusé reste coupable, mais il peut être excusé. Or, la provocation ne peut avoir d'autre caractère que celui d'une excuse, et telle est aussi la définition que lui donne l'article 321 du code ; elle atténue la peine, elle n'en exempte pas le coupable. C'est que la violence peut excuser la violence, mais ne la justifie pas ; c'est que les coups et les blessures mêmes ne peuvent justifier l'homicide, à moins que l'auteur de cet homicide ne se trouve dans le cas de légitime défense, et alors les coups et les blessures cesseraient d'être qualifiés provocation.

Or, la provocation change-t-elle de nature, produit-elle d'autres effets quand elle s'adresse à un fonctionnaire public? Tandis qu'elle ne fait qu'excuser les représailles du particulier, justifie-t elle complétement celles du fonctionnaire? On chercherait vainement dans la loi un texte pour appuyer cette distinction. La provocation ne peut être pour un fonctionnaire, plus que pour un simple particulier, un *motif légitime* de commettre un meurtre ; car les règles des actions humaines sont les mêmes pour tous. On lit dans les discussions pré-

— Arr. cour d'ass. de l'Aude, 20 déc. 1834, Journ. du dr. crim. 1835, p. 125.

[1] Cass. 30 janv. 1835, Journ. du dr. crim. 1835, p. 125.

paratoires du code que M. de Ségur demanda, dans le sein du conseil d'Etat, que les peines fussent plus sévères quand les violences auraient été exercées sur un fonctionnaire public. Mais cette proposition fut rejetée, attendu que faire une pareille distinction, ce serait établir des priviléges, et que, dans notre régime politique, la peine doit être la même dans tous les cas où le délit est de même nature [1]. Mais ne serait-ce pas surtout armer les fonctionnaires d'un privilége exorbitant, que de leur reconnaître le droit de faire usage de leurs armes sur de simples provocations? Déjà investis à un plus haut degré que les particuliers du pouvoir de constater et de faire punir les provocations dont ils sont l'objet, faut-il déposer entre leurs mains le pouvoir illimité d'homicider les provocateurs? On allègue qu'ils ont besoin d'une protection spéciale, qu'en paralysant leurs armes on les expose, et la société elle-même, à des périls incessants : nous répondons que cette protection leur est accordée, forte et peut-être exagérée, puisque les plus légers délits de rébellion ou d'outrages, quand ils sont commis contre eux, sont frappés des peines les plus sévères. Mais n'y aurait-il pas d'ailleurs un plus grand péril à les déclarer irresponsables de leurs actions? Ne doivent-ils pas, plus encore que les autres citoyens, connaître la portée de leurs actes; et la modération n'est-elle pas pour eux surtout un devoir? La cour de cassation a maintenu le droit commun à l'égard de tous, et son arrêt nous paraît consacrer une saine interprétation des art. 186 et 321 du code.

De ce qui précède on peut inférer, comme des corollaires : 1° que nul fonctionnaire, agent ou préposé, accusé de violences dans l'exercice de ses fonctions, n'est passible d'une peine, à moins qu'il ne soit déclaré qu'elles ont été commises *sans motif légitime* : cette circonstance est substantielle, et par conséquent nécessaire pour donner aux violences le caractère de criminalité [2]; 2° que la question d'excuse n'étant point comprise dans la question de la légitimité des

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 8 août 1809.
[2] Cass. 15 mars 1821 et 5 déc. 1822, Bull. nos 37 et 72.

motifs, il est nécessaire que cette question, quand elle est réclamée par l'accusé, soit posée subsidiairement; car le jury peut être amené à la résoudre, s'il écarte soit la légitimité du motif, soit la circonstance que le fait a été commis dans l'exercice des fonctions [1].

§ IV.

De la violation du secret des lettres.

765. Le quatrième abus d'autorité qui peut être commis contre les particuliers est *la violation du secret des lettres.* Une lettre n'est pas essentiellement secrète, c'est la propriété du destinataire de la lettre. Or, cette propriété est inviolable comme toutes les propriétés, et son inviolabilité doit être d'autant plus protégée qu'elle est plus exposée à de faciles atteintes. La législation a dès longtemps posé et sanctionné ce principe : les lois des 10-24 août 1790 et 10-20 juillet 1791 déclarent que « le secret des lettres est inviolable, et que, sous aucun prétexte, il ne peut y être porté atteinte, ni par les individus, ni par les corps administratifs. » La loi du 26-29 août 1790 impose aux préposés des postes le serment de *garder et observer fidèlement la foi due au secret des lettres.* Enfin l'art. 23 (2e part., tit. 1er, sect. 3) du code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791, et l'article 638 du code du 3 brumaire an IV, portent, comme sanction de cette règle, la disposition suivante : « Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement supprimé une lettre confiée à la poste, ou d'en avoir brisé le cachet et violé le secret, sera puni de la peine de la dégradation civique. Si le crime est commis, soit en vertu d'un ordre émané du pouvoir exécutif, soit par un agent du service des postes, les membres du directoire exécutif ou les ministres qui auront donné l'ordre, quiconque l'aura exécuté, ou l'agent du service des postes qui sans ordre aura commis ledit crime, seront punis de la peine de deux ans de gêne. »

[1] Cass. 30 janv. 1825, Journ. du dr. crim. 1825, p. 126.

766. Ainsi cette disposition, trop sévère peut-être quant à la pénalité, établissait deux degrés dans le délit, suivant qu'il était l'œuvre d'un simple particulier ou d'un fonctionnaire public. Cette distinction et ces peines n'ont point été conservées par le code de 1810 : d'une part, l'article 187 n'a puni la violation que lorsqu'elle est l'œuvre d'un fonctionnaire ou agent du gouvernement ; d'un autre côté, la peine portée par ce code n'était qu'une amende de 16 francs jusqu'à 300 francs. La minimité de cette peine excita des réclamations dans le sein de la chambre des députés, pendant le cours de la discussion de la loi du 28 avril 1832 : « Ces infidélités, a-t-on dit, ont des conséquences extrêmement graves; elles peuvent compromettre non seulement les intérêts des familles, mais encore leur honneur. L'impuissance de l'administration à les prévenir paraît provenir de l'insuffisance de la législation. Vous penserez, sans doute, que pour les infidélités de ce genre, dont les conséquences peuvent être si graves, ce n'est pas trop que d'élever le taux de l'amende et d'y joindre une peine d'emprisonnement, surtout si l'on fait attention que ces délits sont souvent causés par un sentiment de cupidité.[1] » Voici le texte modifié de l'article 187 : « Toute suppression, toute ouverture de lettres confiées à la poste, commise ou facilitée par un fonctionnaire ou un agent du gouvernement ou de l'administration des postes, sera punie d'une amende de 16 fr. à 500 francs, et d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans. Le coupable sera, de plus, interdit de toute fonction ou emploi public pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. »

767. Cet article soulève deux questions. La première ne peut entraîner que peu de difficultés. Quelque explicites que semblent les termes de l'article, quelques tribunaux ont essayé de l'étendre jusqu'aux violations de lettres commises par de simples particuliers. Ils se sont fondés sur les expressions qui commencent cet article et qui semblent embrasser tous les cas, et sur la différence que sa rédaction présente, en ce qui concerne l'énonciation des fonctionnaires,

[1] Code pénal progressif, p. 246.

avec la rédaction des articles qui le précèdent et qui le suivent. D'après cette interprétation, l'indication des fonctionnaires dans l'article 187 n'aurait pas eu pour but de limiter l'application de cet article à certaines classes de personnes, mais d'exprimer que le délit existe, soit qu'il ait été commis par des fonctionnaires seuls ou par des particuliers avec le concours des fonctionnaires, et que la bonne foi de ceux-ci, lorsqu'ils auraient par leur négligence facilité le délit, ne saurait être une sauvegarde pour les tiers qui auraient agi avec une intention criminelle[1]. Cette interprétation, quelque spécieuse qu'on puisse la rendre, tombe devant les termes clairs et formels de l'article 187. Cet article n'incrimine et ne punit que le fonctionnaire, que l'agent du gouvernement ou de l'administration des postes qui a commis ou facilité la violation ; et, en matière pénale, la loi doit être strictement resserrée dans ses termes. Le même fait, commis par tout autre individu, ne constitue donc aucun délit, et reste dans la classe des faits immoraux que la loi n'a pas voulu punir.

[[Toutefois il n'en serait pas ainsi du préposé intérimaire, provisoirement chargé de la fonction de facteur rural, car s'il n'a pas le titre de la fonction, il l'exerce réellement et en assume la responsabilité. Il a été jugé avec raison dans ce sens « que l'article 187 est applicable à tout agent de l'administration des postes qui prévarique dans sa fonction ; que le prévenu, légalement institué facteur intérimaire, recevant à ce titre les lettres qu'il devait distribuer au public, était réellement l'agent de l'administration, avoué et reconnu par elle, pouvant engager en certains cas sa responsabilité, et devant, par cela même, rester soumis aux prescriptions pénales ; que si l'arrêt attaqué ne constate pas que le demandeur ait prêté le serment que les règlements prescrivent, avant l'entrée en fonctions, l'omission de cette formalité, tout essentielle qu'elle est, ne peut profiter à l'agent qui trahit la confiance dont il est investi, ni lui as-

[1] *Voy.* jugements des tribunaux de Fontenay et de Bourbon-Vendée, Journ. du dr. crim. 1835, p. 85.

surer l'impunité de méfaits commis par lui dans un emploi qu'il a publiquement rempli et dont il a assumé tous les devoirs [1]. »]]

Mais de ces efforts mêmes de la jurisprudence pour étendre les expressions de cette disposition, on peut induire qu'elle présente une lacune grave. La violation du secret des lettres n'est pas seulement un abus d'autorité, c'est un délit moral qui doit rendre passibles d'une peine tous ceux qui le commettent, qu'ils soient ou non revêtus de fonctions; le code de 1791, dont nous avons cité le texte, portait des peines pour l'un et l'autre cas; seulement celles prononcées contre le fonctionnaire étaient plus sévères. Il est peut-être à regretter que ces deux degrés d'incrimination, déjà introduits par la loi du 28 avril 1832 dans l'art. 184, relativement aux violations de domicile, n'aient pas été prononcés par l'art. 187 : les deux hypothèses étaient identiques, et les mêmes motifs appuyaient la même distinction dans l'une et dans l'autre.

[[Au reste, il n'y a pas lieu de distinguer si le fonctionnaire a agi dans l'exercice ou hors l'exercice de sa fonction, dans un intérêt public ou dans un intérêt privé, car la loi ne fait à cet égard aucune distinction. Un arrêt décide en conséquence « que l'art. 187 comprend dans sa disposition non-seulement le cas où le fonctionnaire aurait, dans l'exercice de ses fonctions, violé le secret des lettres confiées à la poste, mais encore celui où, par abus de son autorité et de l'influence légitime qu'elle lui donne à l'égard des dépositaires de ces lettres, il aurait commis ou facilité leur suppression ou leur ouverture; que, dans le second cas, l'abus est d'autant plus grave que le fonctionnaire agit dans un intérêt privé, et que c'est surtout dans sa répression que réside l'efficacité de la loi pénale; que le principe du secret des lettres a toujours été placé sous la garantie des tribunaux; que la loi spéciale du 14 août 1790 déclare que le secret des lettres est inviolable, et que, sous aucun prétexte, il ne peut y être porté atteinte, ni par les individus, ni par les corps; d'où il suit que l'arrêt attaqué, en déclarant, dans l'espèce, le maire Saladin cou-

[1] Cass. 25 avril 1856, Bull. n° 161; 12 oct. 1849, Bull. n° 273.

pable du délit prévu par l'article 187, quoiqu'il ait agi hors de ses fonctions, pour s'être fait remettre une lettre qui lui avait été confiée à la poste, et en lui appliquant les peines de cet article, en a fait une saine application et n'a violé aucune loi [1]. »]]

768. La deuxième difficulté est relative à l'application de l'article 187. La disposition de cet article est-elle absolue? Est-elle limitée, au contraire, par les droits de l'action publique, lorsque l'exercice de cette action provoque des recherches et des investigations? Posons la question en termes plus précis : le juge d'instruction a-t-il le droit, nonobstant l'article 187, d'exiger de l'administration des postes la remise des lettres qui lui ont été confiées, et de chercher dans ces lettres les indications utiles à la découverte des crimes dont il poursuit la répression? Nous ne faisons aucun doute à cet égard : une règle générale de l'instruction criminelle attribue au juge d'instruction le pouvoir de faire, en quelque lieu que ce soit, les perquisitions et saisies de tous les papiers et effets qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité (code inst. crim., articles 35, 87, 88, 90, etc.). Ce pouvoir extraordinaire est créé dans l'intérêt général de la société, qui place la répression des crimes, condition de son existence, bien au-dessus de l'inviolabilité des lettres. Comment donc motiver une exception à cette règle en faveur des lettres? comment la justifier? Une lettre ne peut-elle pas dévoiler un crime? ne peut-elle pas constituer, comme en matière de faux, le corps même du délit? Il serait bizarre de mettre les dépôts de lettres à l'abri des investigations judiciaires, quand le domicile des citoyens, plus sacré sans doute, n'est pas à l'abri de ces recherches. On allègue le texte de l'article 187; mais que punit cet article? la violation du secret des lettres : cette violation est un acte arbitraire, un abus d'autorité, un délit. Mais la justice ne commet point un tel acte lorsque, dans un but légitime, elle procède à la saisie de celles qui sont présumées renfermer les indices nécessaires pour éclairer sa marche;

[1] Cass. 6 août 1841, Bull. n° 235; Dev. 41. 1. 800; 23 nov. 1849, Bull. n° 319.

ce n'est plus une violation, une frauduleuse ouverture de lettres; ce n'est donc point une exception aux dispositions de l'article 187; c'est l'application d'un autre principe qui domine ces dispositions elles-mêmes et les renferme dans leurs véritables limites. Nous ajouterons toutefois que les magistrats ne doivent user qu'avec beaucoup de réserve, et seulement dans les cas les plus graves, du droit d'investigation que nous n'hésitons pas à leur reconnaître; peut-être même faudrait-il limiter ce droit à certaines lettres, telles que celles qui seraient adressées aux prévenus ou qui en émanent; mais il est difficile de tracer ces distinctions, et la règle est générale[1].

769. Au surplus, le délit de suppression ou d'ouverture des lettres confiées à la poste n'existe qu'autant que cette ouverture ou cette suppression a lieu sciemment et avec une intention frauduleuse; car il s'agit d'un délit moral qui se compose du fait et de l'intention. La perte d'une lettre ou son ouverture accidentelle ne rentrerait donc point dans les termes de la loi. Sous un point de vue opposé, le délit disparaîtrait également si la suppression ou l'ouverture avait pour objet la perpétration d'un crime ou d'un délit, tel que la soustraction d'un effet inséré dans la lettre; le délit de violation se trouverait alors absorbé dans ce délit plus grave, dont il deviendrait l'une des circonstances constitutives.

§ V.

Abus d'autorité contre la chose publique.

770. Nous avons achevé de parcourir les différents abus de pouvoir qui ont pour effet de léser les droits des particuliers; mais l'abus

[1] Le même droit appartient-il aux préfets? *Voy.* sur ce point deux arrêts contraires, l'un de la chambre criminelle, du 23 juillet 1853, Bull. n° 369; l'autre des chambres réunies de la cour de cassation, du 21 nov. 1853, Bull. n° 551. *Voy.* aussi le Traité de l'inst. crim., t. 4, p. 183.

d'autorité peut également être dirigé contre la chose publique. Nous avons déjà eu un exemple de ce délit en nous occupant des coalitions des fonctionnaires (*voy*. notre n° 451); le code pénal prévoit, dans les art. 188 et suivants, un nouvel exemple du même délit qu'il eût été plus méthodique de réunir au premier. Il s'agit ici des fonctionnaires publics qui requièrent ou ordonnent l'emploi de la force publique pour empêcher l'exécution d'une loi, ou la perception d'une contribution, ou l'effet d'un acte émané d'une autorité compétente. Le délit diffère de celui que prévoient les articles 123, 124 et 125, en ce qu'il s'agit dans ces articles des mesures contraires aux lois qui peuvent avoir été concertées entre les fonctionnaires publics, tandis que les articles 188 et suivants prévoient l'exécution et l'emploi de la force publique contre l'exécution des lois. « Cet abus d'autorité, porte l'exposé des motifs, est d'une nature fort différente de ceux que nous avons examinés d'abord : c'est une espèce de révolte qui sera d'autant plus grave, et susceptible de peines d'autant plus fortes, qu'elle aura eu plus de développements et d'effets. »

La loi prévoit trois cas, établit trois degrés dans le crime : la réquisition illégale n'a eu aucun effet, et la peine est la reclusion ; elle a été suivie d'effet, au contraire, la peine est le maximum de la reclusion ; enfin elle a été suivie de crimes entraînant des peines plus fortes, et ces peines elles-mêmes sont appliquées au fonctionnaire qui a donné l'ordre ou la réquisition. Le code pénal de 1791 avait adopté d'autres distinctions. La peine était différente suivant que la réquisition avait eu pour objet soit d'empêcher l'exécution d'une loi ou la perception d'une contribution, soit de mettre obstacle à l'exécution d'un jugement, d'un mandat de justice ou d'un ordre administratif : dans le premier cas, elle était de dix ans de gêne; dans le second, de six années de détention. La réquisition et l'emploi de la force publique étaient rangés sur la même ligne : seulement les attroupements séditieux, les meurtres, violences et pillages, nés à la suite de cette réquisition, étaient imputables à son auteur et le rendaient passible des peines infligées à ces crimes (titre 1er, sect. 5, articles 1, 2 et 3). De ce système on ne doit regretter

qu'une seule disposition, celle qui prend pour base de la gradation de la peine l'objet même auquel s'appliquait la réquisition.

771. L'article 188 prévoit le premier degré du crime :

« Tout fonctionnaire public, agent ou préposé du gouvernement, de quelque état et grade qu'il soit, qui aura requis ou ordonné, fait requérir ou ordonner l'action ou l'emploi de la force publique contre l'exécution d'une loi ou contre la perception d'une contribution légale, ou contre l'exécution soit d'une ordonnance ou mandat de justice, soit de tout autre ordre émané de l'autorité légitime, sera puni de la reclusion. »

Ce premier article ne prévoit et ne punit donc qu'un seul fait, l'ordre ou la réquisition illégale; il ne considère point ses effets; il incrimine la réquisition en elle-même, et alors même qu'elle n'a eu aucune suite. La discussion qui eut lieu au conseil d'État, lors de la rédaction de cet article, établit ce point qui résulte d'ailleurs avec évidence du texte des articles. Un membre pensa que la peine n'était pas assez forte : « Le fonctionnaire, dit-il, qui a requis la force pour empêcher la levée des gens de guerre ou des contributions, est coupable d'avoir agi contre l'État et fait un acte de souveraineté, son crime n'eût-il pas eu de suite. » Un autre membre appuya cette opinion en se fondant sur ce que, dans ce cas, il y a révolte ouverte de la part du fonctionnaire, et qu'ainsi l'on ne doit pas faire dépendre son châtiment de la condition que d'autres crimes aient été la suite du premier. D'après ces observations, on distingua l'ordre isolé de l'exécution, et l'exécution elle-même de cet ordre, et des peines différentes furent édictées dans ces deux cas [1].

Il est nécessaire, pour l'application de cet article, que la réquisition soit émanée d'un fonctionnaire, préposé ou agent du gouvernement; qu'elle soit prise dans les limites de sa compétence, car autrement elle ne pourrait avoir aucun effet, elle n'aurait aucun péril; enfin, qu'elle ait pour objet l'emploi de la force publique pour arrêter l'exécution d'une loi, pour empêcher la perception d'une contribution

[1] Procès-verb. du conseil d'État, séance du 8 août 1809.

légalement établie, pour s'opposer à l'exécution soit d'une ordonnance régulière de justice, soit d'un ordre légalement émané d'une autorité dans les limites de ses attributions. Chacune de ces circonstances est évidemment essentielle à l'existence du crime.

772. L'article 189 prévoit le deuxième cas, celui où la réquisition n'est pas demeurée stérile ; cet article porte : « Si cette réquisition ou cet ordre ont été suivis de leur effet, la peine sera le *maximum* de la reclusion. »

Que doit-on entendre par ces mots : *suivis de leur effet?* Suffit-il, pour qu'une réquisition ait eu son effet, que la force publique requise se soit réunie? Faut-il que l'objet de la réquisition, tel que l'inexécution de la loi ou du mandat, ait été accompli ? M. Carnot pense que ce but doit être atteint, et que si cet empêchement n'a pas été produit, la réquisition doit être considérée comme ayant été sans effet [1]. Cette opinion ne paraît pas fondée : la loi n'exige pas que la réquisition ait eu tous ses effets, mais seulement qu'elle ait été suivie de son effet : or, son effet immédiat est la réunion de la force dont elle requiert l'assistance ; son effet plus éloigné est l'emploi de cette force à la résistance illégale qui est dans la pensée de l'agent. La loi n'a point distingué entre ces deux cas, parce que le péril social est le même : dès que la force publique est réunie pour accomplir un objet illégitime, la société est menacée ; la peine doit s'aggraver. Si l'agent abandonne ensuite son projet avant son exécution, cet abandon pourra être apprécié comme une circonstance atténuante, mais il ne pourra effacer le crime résultant de la réquisition suivie d'une partie de ses effets.

La peine portée par le code de 1810 était la déportation. La loi du 28 avril 1832 a substitué à cette peine le *maximum* de la reclusion. Les motifs de cette modification ont été que la peine de la déportation, telle que la loi nouvelle l'a définie, semblait une peine trop sévère ; que le caractère politique du crime écartait celle des travaux forcés, et que toutefois l'article 188 ayant prononcé la reclu-

[1] Comm. du cod. pén. t. 1, p. 494.

sion, il y avait lieu d'aggraver cette peine dans l'article 189, puisque cet article prévoit une circonstance nouvelle et aggravante; de là la nécessité de prononcer le *maximum* de la reclusion [1].

773. L'article 191 prévoit la troisième hypothèse : « Si, par suite desdits ordres ou réquisitions, il survient d'autres crimes punissables de peines plus fortes que celles exprimées aux articles 188 et 189, ces peines plus fortes seront appliquées aux fonctionnaires, agents ou préposés, coupables d'avoir donné lesdits ordres ou fait lesdites réquisitions. » Cette disposition est puisée dans le code de 1791; mais ce code énonçait d'une manière limitative l'attroupement séditieux, le meurtre et le pillage : l'article 191 s'applique à tous les crimes qui sont la suite et le résultat des réquisitions, et qui sont punis d'une peine plus forte que la reclusion. L'auteur de la réquisition est alors considéré comme complice de ces crimes : il a été en quelque sorte leur instigateur; ce sont les ordres illégaux qu'il a donnés qui en ont été la cause. Ainsi, supposons qu'une réquisition ait été faite pour s'opposer à l'exécution d'un mandat de justice, et que la force requise ait exercé de criminelles violences sur les agents porteurs du mandat; l'auteur de l'ordre sera justement réputé responsable de ces violences, parce qu'il a pu prévoir les suites de l'ordre qu'il donnait, et qu'elles ont été commises dans l'exécution de cet ordre. Mais si les crimes survenus n'étaient pas la conséquence immédiate de l'ordre ou de la réquisition, le fonctionnaire cesserait d'en être responsable : cette circonstance substantielle de la responsabilité doit donc être établie par l'accusation et posée au jury.

774. L'article 190 renferme une nouvelle application des principes que nous avons posés dans notre chapitre 16, sur la contrainte; il est ainsi conçu : « Les peines énoncées aux articles 188 et 189 ne cesseront d'être applicables aux fonctionnaires ou préposés qui auraient agi par ordre de leurs supérieurs, qu'autant que cet ordre aura été donné par ceux-ci pour des objets de leur ressort, et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique : dans ce cas, les peines

[1] Code pénal progressif, p. 247.

portées ci-dessus ne seront appliquées qu'aux supérieurs qui les premiers auront donné cet ordre. » Nous avons, en effet, établi en principe que l'ordre d'exécuter des actes qui sont du ressort du fonctionnaire supérieur lie le subordonné dans l'ordre hiérarchique, et que dès lors ces actes ne sont pas imputables à celui-ci [1]. Cependant la disposition de l'article 190 est peut-être trop absolue : le fonctionnaire inférieur n'est nullement dispensé de toute vérification ; la cause de justification cesse quand la criminalité de l'ordre est évidente, quand le fait qui en est l'objet présente les caractères d'un délit ou d'un crime : l'obéissance serait alors un acte de complicité ; son devoir est de résister [2].

§ VI.

De quelques délits relatifs à la tenue des actes de l'état civil.

775. Nous avançons dans l'examen des crimes et délits des fonctionnaires publics : les principaux ont été retracés, mais il en reste encore deux espèces ; l'une fait l'objet de ce paragraphe, et comprend quelques-unes des infractions des officiers de l'état civil dans leurs fonctions.

Il importe, pour la garantie de l'état civil des citoyens, que les actes ne soient point inscrits sur des feuilles volantes, que nul mariage ne soit célébré sans être précédé des consentements nécessaires à sa validité, qu'une femme veuve ne convole pas à de nouvelles noces avant l'expiration des délais marqués par la loi. Ces trois points avaient déjà fait l'objet des prohibitions de la loi civile ; mais il était nécessaire que la loi pénale lui prêtât l'appui de sa sanction : tel est l'objet des articles 192, 193 et 194.

Une règle commune à ces trois articles est qu'il ne s'agit point,

[1] *Voy.* notre n° 280.

[2] *Voy.* le développement de ces règles, n°s 276, 277 et 278.

dans leur triple disposition, d'incriminer et de punir un délit moral : ce que le législateur a prévu, ce qu'il a voulu punir, c'est la négligence, c'est l'omission, parce que cette omission et cette négligence peuvent avoir en cette matière de graves conséquences. Cette règle, qui résulte clairement du texte même des articles et des conditions de l'incrimination, se trouve d'ailleurs établie par la relation de ces articles avec les articles 199 et 200 qui qualifient simples contraventions des faits de la même nature, par la minimité des peines, enfin par la réserve formulée par l'article 195 pour les cas de fraude. Enfin l'exposé des motifs la traçait avec précision : « Les peines seront plus fortes, disait l'orateur du gouvernement, si le fonctionnaire a colludé avec les parties : jusqu'ici il ne s'agissait que de négligence, d'un défaut de précaution; mais dès qu'il y a connivence, il y a crime. » Ainsi, en précisant les éléments des trois incriminations, la loi n'a point voulu prévoir la fraude, elle ne l'a point exigée comme condition du délit; elle ne s'est point attachée à la volonté de l'agent, mais à son infraction matérielle : ce n'est en un mot qu'une simple contravention qu'elle a prévue.

776. Cette règle posée, les textes des articles s'expliquent facilement. L'article 192 a pour but de prévenir l'inscription des actes sur des feuilles volantes. On conçoit, en effet, que ce mode d'inscription, en multipliant les chances de perte ou d'altération des actes, exposerait à des périls incessants l'état civil des citoyens. L'article 5 du titre 2 de la loi du 20-25 septembre 1792 portait : « Il est expressément défendu d'écrire et de signer, en aucun cas, les actes sur feuilles volantes, à peine de cent livres d'amende, de destitution, et de privation pendant dix ans de la qualité et des droits de citoyen actif. » L'article 52 du code civil n'a fait que reprendre cette prohibition : « Toutes inscriptions de ces actes faites sur une feuille volante et autrement que sur les registres à ce destinés, donneront lieu aux dommages-intérêts des parties, sans préjudice des peines portées au code pénal. » L'article 192 de notre code apporte à cette disposition sa sanction pénale : « Les officiers de l'état civil qui au-

ront inscrit leurs actes sur de simples feuilles volantes seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins et de trois mois au plus, et d'une amende de 16 francs à 200 francs. »

C'est donc l'inscription des actes sur des feuilles volantes, l'infraction et la prohibition, abstraction faite de toute intention frauduleuse, que la loi incrimine et punit. Mais il est un deuxième élément de la contravention ; cet élément consiste dans la qualité du contrevenant : la loi n'inculpe que les seuls *officiers de l'état civil*. Il faut entendre par cette expression les officiers constitués par la loi pour constater l'état civil des citoyens. Aux termes de l'article 12 de la loi du 19 vendémiaire an IV, ce sont les officiers municipaux, c'est-à-dire le maire et ses adjoints, qui sont chargés de remplir ces fonctions : la loi veut que l'un de ces officiers soit spécialement délégué à cet effet, et celui-là doit être seul réputé officier de l'état civil. De là il suit que les employés de la mairie qui auraient commis la négligence ou l'infraction ne seraient point atteints par la responsabilité légale : ces employés ne sont que des instruments que l'officier municipal doit surveiller et dont il répond ; les peines des articles 192, 193 et 194 ne peuvent atteindre que celui-ci.

Cette décision est d'ailleurs confirmée par un avis du conseil d'État du 2 juillet 1807, qui décide que les employés des mairies ne peuvent rendre authentiques aucun acte, aucune expédition ni aucun extrait des actes des autorités; que les extraits des actes de l'état civil ne peuvent être délivrés que par le fonctionnaire public dépositaire des registres, et que, dans ces actes où le maire est seul responsable, sa signature seule est nécessaire [1].

777. Les officiers de l'état civil ne sont point agents du gouvernement, et dès lors ils ne peuvent réclamer le bénéfice de l'article 75 de la loi du 22 frimaire an VIII. Telle est la décision d'un autre avis du conseil d'État du 4 pluviôse an IV [2]. Cet avis est ainsi conçu : « La marche à suivre dans les poursuites à exercer contre les

[1] Rapp. par Duvergier, dans sa Coll. des lois, t. 16, p. 153.
[2] *Ibid.*, t. 14, p. 476.

officiers de l'état civil est tracée dans les motifs du code civil développés au corps législatif : le commissaire, est-il dit, dresse procès-verbal sommaire; il dénonce les délits et requiert la condamnation aux amendes. Ainsi l'autorisation de l'autorité supérieure n'est point exigée, et ce principe est d'autant plus nécessaire à maintenir, que c'est accroître le droit de surveillance que les commissaires du gouvernement ont sur la conduite des officiers de l'état civil : ceux-ci doivent donc, en cas de contravention, être traduits directement devant les tribunaux, et sur la simple réquisition du commissaire. » Des réclamations s'élevèrent contre cette décision ; on objectait le silence du code civil sur la formalité préalable et l'autorisation ; mais un deuxième avis, à la date du 28 juin 1806, vint confirmer le premier : « Le silence de la loi, porte cet avis, indique assez qu'elle n'a point vu des agents du gouvernement dans les officiers de l'état civil. Vainement objecte-t-on que les officiers de l'état civil sont en même temps officiers municipaux : cette délégation ne prouve rien, puisqu'elle eût pu être faite à d'autres personnes, et n'efface pas la différence palpable qui existe entre les fonctions d'un administrateur appelé souvent à délibérer, et celle d'un officier de l'état civil, simple rédacteur de formules[1]. »

778. La deuxième incrimination a pour but de garantir l'une des formes essentielles du mariage. L'article 193 est ainsi conçu : « Lorsque, pour la validité d'un mariage, la loi prescrit le consentement des père, mère, ou autres personnes, et que l'officier de l'état civil ne se sera point assuré de l'existence de ce consentement, il sera puni d'une amende de 16 francs à 300 francs et d'un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus. » Il est nécessaire, pour en fixer le sens, de rapprocher cet article des articles 156 et 157 du code civil[2]. La première de ces dispositions prévoit une in-

[1] Rapp. par Duvergier, dans sa Coll. des lois, t. 15, p. 575.

[2] Art. 156. « Les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils n'ayant pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, ou par des filles n'ayant pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, sans que le consentement des pères et mères, celui des

fraction analogue, mais différente : le défaut d'énonciation, dans l'acte de mariage, des consentements nécessaires à sa validité. Ainsi, dans l'espèce de cette disposition, les consentements peuvent exister; c'est la seule omission de leur mention qui est punie. L'article 193 exige de plus que l'officier de l'état civil se soit assuré de l'existence des consentements : c'est une vérification que la loi a mise à sa charge, et dont elle punit l'omission. Ces deux dispositions peuvent être appliquées simultanément, puisqu'elles prévoient des faits distincts.

Il est assez difficile de définir l'obligation de l'officier de l'état civil, *de s'assurer de l'existence du consentement*. S'agit-il du fait du consentement seulement, ou des actes qui doivent l'attester? Cette responsabilité s'étend-elle jusqu'à la régularité même de ces actes? Nous pensons qu'en chargeant l'officier de l'état civil de s'assurer de l'existence du consentement, la loi a entendu parler non-seulement du fait du consentement des parties présentes, mais encore des actes destinés à le constater quand ils sont absents; car, dans ce dernier cas, ces actes sont le seul mode de faire connaître ce consentement. Mais nous ne croyons pas que la seule irrégularité de ces actes puisse engager la responsabilité de l'officier. Sans doute, ce fonctionnaire a le devoir de vérifier si les actes produits sont réguliers; mais cette régularité fait naître souvent des questions douteuses, et une opinion même erronée ne saurait constituer une infraction.

Du rapprochement de l'article 193 avec les dispositions du code civil, il résulte que cet article n'est applicable que lorsqu'il s'agit des

aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans le cas où ils sont requis, soient énoncés dans l'acte de mariage, seront, à la diligence des parties intéressées et du procureur du roi près le tribunal de première instance du lieu où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée par l'article 192, et, en outre, à un emprisonnement dont la durée ne pourra pas être moindre de six mois. » — Art. 157. « Lorsqu'il n'y aura pas eu d'actes respectueux, dans les cas où ils sont prescrits, l'officier de l'état civil qui aurait célébré le mariage sera condamné à la même amende, et à un emprisonnement qui ne pourra être moindre d'un mois. »

mariages contractés par des filles ou des fils mineurs de 21 ou 25 ans accomplis. En effet, la loi pénale n'inculpe l'officier de l'état civil que lorsque le consentement est nécessaire *pour la validité d'un mariage;* et c'est aussi le seul cas où son omission peut avoir des suites dangereuses. Or, aux termes de la loi civile, ce consentement n'est essentiel que lorsque les enfants sont mineurs de 21 ou de 25 ans : c'est aussi dans cette limite qu'est restreinte la disposition de l'article 156 du code civil. Cet âge passé, le consentement peut être remplacé par les actes respectueux; et la célébration du mariage, sans que ces actes aient été produits dans les cas où ils sont prescrits, est prévue et punie par l'article 157 du même code.

779. L'article 194 a pour objet la troisième infraction; cet article porte : « L'officier de l'état civil sera aussi puni de 16 à 300 fr. d'amende, lorsqu'il aura reçu, avant le temps prescrit par l'article 228 du code civil, l'acte de mariage d'une femme ayant déjà été mariée. » L'article 228 du code civil est ainsi conçu : « La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. » On voit que cette contravention, de même que les deux autres, est purement matérielle : il ne s'agit que d'une négligence, d'un défaut de vérification dont les éléments sont clairement expliqués par l'article même.

780. Il reste à rappeler trois dispositions générales qui résultent déjà de nos observations, et qui sont établies par l'article 195. Cet article est ainsi conçu : « Les peines portées aux articles précédents contre les officiers de l'état civil leur seront appliquées, lors même que la nullité de leurs actes n'aurait pas été demandée ou aurait été couverte; le tout sans préjudice des peines plus fortes prononcées en cas de collusion, et sans préjudice aussi des autres dispositions pénales du titre 3 du livre 1er du code civil. »

Il résulte de la première de ces dispositions que la nullité des actes que l'officier de l'état civil a reçus sans avoir observé les formalités prescrites, ne couvre pas la contravention qu'il a commise; et cela est évident, car le délit est indépendant de la validité de l'acte en lui-même. La deuxième disposition a pour objet de réserver des

peines aux cas de collusion : il y a collusion lorsqu'il y a fraude, lorsque l'officier commet sciemment l'infraction pour favoriser un tiers. L'infraction dépouille alors son caractère de contravention matérielle ; elle se change en délit moral, elle devient soit un crime de faux, soit un crime de corruption, suivant les circonstances dont elle s'est environnée : c'est donc aux peines qui punissent ces crimes qu'il faut se reporter. Enfin, la loi maintient les dispositions pénales portées par le code civil contre les officiers de l'état civil ; mais nous avons déjà vu que ces différentes dispositions se conciliaient parfaitement entre elles. Nous ajouterons que cette réserve ne s'applique pas seulement au titre 5 du code civil, mais qu'il faut l'étendre également au titre 2, et notamment aux articles 52 et suivants, qui énoncent quelques cas de contravention des officiers de l'état civil et établissent des peines ; car ces dispositions n'ont point été abrogées, et il est même nécessaire de les lier aux articles 192, 193 et 194 du code pénal, pour former le système complet de la législation sur cette matière.

§ VII.

De l'exercice de l'autorité publique illégalement anticipé ou prolongé.

781. Le code pénal a disséminé sous des titres différents des dispositions qu'il eût été sans doute plus rationnel de réunir, puisque leur objet était identique. Déjà nous avons eu lieu d'examiner des cas d'usurpation de fonctions (*voy.* n°s 456 et suiv.) ; le code nous en offre dans ce paragraphe deux nouveaux exemples, et nous retrouverons ce même délit plus loin encore. Les articles 196 et 197 prévoient la double infraction des fonctionnaires qui ont commencé d'exercer leurs fonctions avant d'avoir prêté serment, ou qui s'y sont maintenus après avoir été révoqués ou remplacés.

L'article 196 prévoit la première de ces infractions : « Tout fonc-

tionnaire public qui sera entré en exercice de ses fonctions sans avoir prêté le serment pourra être poursuivi, et sera puni d'une amende de 16 à 150 francs. » L'exposé des motifs explique cet article en ces termes : « Le fonctionnaire, en acceptant une fonction qui lui est confiée par l'autorité souveraine, doit lui donner une garantie de sa fidélité ; il devient suspect lorsqu'il la diffère, et s'il exerce ses fonctions sans avoir prêté serment, il commet une action punissable. »

Quoique cette infraction n'ait en elle-même que les caractères d'une simple contravention, le législateur a soumis sa répression aux règles relatives aux délits. En effet, le fait matériel d'entrer en fonctions sans prestation de serment ne suffit pas pour motiver l'application de l'article ; il faut qu'il y ait négligence, faute imputable à l'agent. Ce point fut formellement reconnu dans les discussions du conseil d'Etat. Un membre fit remarquer que le fonctionnaire nouvellement nommé pourrait se trouver dans des circonstances où il serait obligé de différer son serment, et que la peine ne devait être appliquée qu'à celui qui aurait négligé de faire les diligences nécessaires pour prêter serment. Cette opinion fut adoptée, et il fut établi en conséquence que les poursuites seraient seulement facultatives, et ne seraient exercées qu'autant que l'omission ne trouverait aucune excuse dans les circonstances [1]. Cette règle se trouve formulée dans ces mots de l'article : *pourra être poursuivi*. Ce n'est donc point là une faculté dont l'exercice puisse être abandonné au hasard et à l'arbitraire ; c'est l'admission d'une excuse que l'agent peut tirer de la nécessité qui lui a été imposée par les circonstances de pourvoir au service avant de prêter serment, et de l'absence de toute intention criminelle, c'est-à-dire de toute négligence, de toute faute de sa part. L'existence du délit se trouve donc subordonnée à cette double condition : l'entrée en exercice sans serment, l'omission volontaire de cette formalité ; le ministère public ne peut poursuivre que lorsque ces deux éléments se réunissent dans le même fait.

[[Mais, de ce que le serment doit régulièrement précéder l'entrée

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 8 août 1809.

en fonction, il ne s'ensuit pas que, jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, le fonctionnaire n'ait aucun caractère et puisse, soit être impunément outragé dans l'exercice de son office, sous prétexte qu'il n'en a pas la possession légale, soit impunément prévariquer, parce qu'il n'en serait pas responsable. Un arrêt a jugé « que le citoyen promu à un emploi public, qu'il exerce ostensiblement et sous l'autorité du gouvernement, est légalement réputé avoir caractère à cet effet, et doit obtenir provisoirement obéissance et respect; que l'outrage à lui adressé dans l'accomplissement de son ministère n'atteint pas seulement sa personne, qu'il blesse surtout la fonction qu'il remplit et la loi au nom de laquelle il procède, et que celui de qui émane une pareille injure ne peut se soustraire aux peines légales en prouvant que ce fonctionnaire n'avait pas prêté serment [1]. » D'autres arrêts décident également « que, bien que le préposé n'ait pas prêté le serment que les règlements prescrivent avant l'entrée en fonctions, l'omission de cette formalité, tout essentielle qu'elle est, ne peut profiter à l'agent qui trahit la confiance dont il est investi, ni lui assurer l'impunité de méfaits commis par lui dans un emploi qu'il a publiquement rempli et dont il a assumé tous les devoirs [2]. »]]

782. Le serment que les fonctionnaires doivent prêter est celui que les lois prescrivent. Ce serment est de deux espèces : le serment *politique*, auquel sont soumis tous les fonctionnaires indistinctement, et le serment *spécial* ou *supplétif*, qui est inhérent à certaines fonctions. Le serment politique a subi différentes phases et différentes formules [3] : la loi du 31 août 1830, qui a eu pour objet d'abolir les actes antérieurs et de tracer pour un régime nouveau un nouvel acte de foi politique, avait fixé la formule de ce serment. Le décret du 1er mars 1848 abolit le serment politique. La constitution du 14 jan-

[1] Cass. 26 juin 1851, Bull. nº 248.

[2] Cass. 25 avr. 1856, Bull. nº 161; 12 oct. 1849, *ibid.* nº 273.

[3] On trouve ces formules si diverses dans les lois des 22 déc. 1789-8 janv. 1790, s. 1, art. 8; des 15-23 août 1792; du 21 niv. an VIII; du 28 flor. an XII, art. 56; dans les ordonn. des 27 fév. 1815, 20 août 1817, dans la loi du 31 août 1830, dans l'art. 14 de la const. du 14 janvier 1852.

vier 1852 l'a rétabli et lui a imposé une nouvelle formule. La loi du 31 août 1830 ajoutait qu'il ne pourrait être exigé des fonctionnaires *aucun autre serment, si ce n'est en vertu d'une loi.* De là l'on a conclu que les serments spéciaux qui sont exigés de certaines classes de fonctionnaires, et qui ont pour but d'assurer le loyal accomplissement de leurs fonctions, devaient être fondés sur le texte de la loi [1]. La jurisprudence a contesté cette conséquence, mais elle a été admise par le législateur [2]. La loi du 21 juin 1836, relative au serment spécial de la gendarmerie, en fait foi. Du reste, la seule difficulté dont nous devions nous occuper ici est de savoir si l'article 196 s'applique au serment supplétif comme au serment politique. Nous ne faisons aucun doute à cet égard : la loi ne distingue point, elle parle du serment en général, et par conséquent tel que l'exige la législation ; or, ce serment se compose, pour chaque fonctionnaire, de la formule politique et de la formule supplétive : c'est là l'acte qui doit précéder l'entrée en fonction, qui est la garantie de la société, et qu'il serait impossible de scinder, puisqu'on ne peut séparer, dans l'exercice de la fonction, l'obéissance au souverain et aux lois du royaume, et l'obéissance aux règlements spéciaux qui sont la conséquence et l'exécution de ces lois.

L'irrégularité du serment équivaut-elle au défaut de cette formalité? Nous ne le pensons pas. La prestation d'un serment, même irrégulier, atteste l'intention du fonctionnaire de se conformer à la loi ; l'irrégularité ne pourrait donc lui être imputée qu'autant qu'elle serait volontaire de sa part. Quant à la responsabilité du fonctionnaire, à raison des délits commis dans ses fonctions avant la presta-

[1] *Voy.* des exemples de serments supplétifs dans l'art. 2 de la loi du 29 août 1790, dans les lois du 1er juin 1791, du 29 sept. 1791, dans l'ord. du 29 juill. 1814, dans la loi du 21 juin 1836. Le serment professionnel des magistrats est tracé par l'art. 8 du décret du 22 mars 1852 ; et le décret du 5 avril suivant a déterminé celui des greffiers, commis-greffiers, avocats au conseil d'État et à la cour de cassation, avoués, notaires, huissiers, commissaires-priseurs, gardes du commerce et gardes champêtres.

[2] Cass. 28 août 1831.

tion régulière du serment, nous ne pouvons que renvoyer aux observations que nous avons faites à ce sujet dans notre chapitre 30.

783. Le délit prévu par l'article 197 est beaucoup plus grave que le premier : « Le fonctionnaire, dit l'exposé des motifs, sera bien plus criminel et puni d'une manière plus aggravante, si, étant révoqué ou destitué, suspendu ou interdit légalement, il continue l'exercice de ses fonctions, ou si, étant électif et temporaire, il les exerce après avoir été remplacé ; il commet alors un véritable attentat contre l'autorité souveraine, et il sera interdit de toutes fonctions pendant le terme fixé par la loi. »

L'article 197 est ainsi conçu : « Tout fonctionnaire public révoqué, destitué, suspendu ou interdit légalement, qui, après en avoir eu la connaissance officielle, aura continué l'exercice de ses fonctions, ou qui, étant électif ou temporaire, les aura exercées après avoir été remplacé, sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins et de deux ans au plus, et d'une amende de 100 francs à 500 francs. Il sera interdit de l'exercice de toute fonction publique pour cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine ; le tout sans préjudice des plus fortes peines portées contre les officiers ou les commandants militaires par l'article 93 du présent code. »

Nous n'avons point à nous occuper ici des formes diverses auxquelles sont soumises la révocation, la suspension ou l'interdiction des différents fonctionnaires, ni de la légalité de chacune de ces mesures ; ces questions nous entraîneraient dans l'examen de dispositions du droit administratif étrangères à cet ouvrage. La principale condition de l'existence du délit est que l'acte de révocation ou de suspension ait été officiellement notifié au fonctionnaire qu'il concerne : cette condition, qui n'existait point dans le projet de l'article, fut ajoutée sur l'avis de la commission du corps législatif, qui fit remarquer que : « si le fonctionnaire révoqué n'a pas eu connaissance officielle de sa révocation, on ne saurait lui faire un crime d'avoir continué son exercice postérieurement. » Elle proposa en conséquence de fixer l'instant où le fonctionnaire deviendrait coupable, en prescrivant de

lui donner *connaissance officielle*, c'est-à-dire notification à personne ou à domicile, de l'acte de révocation.

Le délit consiste donc dans la continuation des fonctions après cette notification, ou après le remplacement, si les fonctions sont électives ou temporaires. Toutefois, dans ce délit comme dans le précédent, il ne suffirait pas du fait matériel d'un acte accompli pour constituer le délit : l'absence du titulaire, le besoin de pourvoir à un service urgent, peuvent justifier de tels actes. Ce que la loi punit, ce n'est pas la simple infraction à une règle administrative, c'est l'usurpation du pouvoir, c'est, suivant l'expression du législateur, l'attentat contre l'autorité souveraine. Cet attentat, cette usurpation, ne sauraient résulter d'un acte inoffensif et auquel son auteur n'aurait attaché aucune pensée d'envahissement. Il faut donc qu'au fait matériel se réunissent la désobéissance, la pensée de l'usurpation commise, la moralité du délit.

[[La jurisprudence a reconnu l'existence de ce délit dans le fait d'un adjoint de maire qui, après que connaissance officielle lui a été donnée de l'ordonnance qui prononce la dissolution du conseil municipal et sa révocation, a continué l'exercice de ses fonctions, sous le prétexte que l'ordonnance de dissolution, ne fixant pas l'époque de la réélection, était radicalement nulle [1]; mais il a été décidé, dans une autre espèce, qu'il ne suffisait pas, pour appliquer la peine légale, de déclarer purement et simplement un individu convaincu d'avoir continué l'exercice de ses fonctions de maire, après avoir eu connaissance officielle de la suspension prononcée contre lui par le préfet, sans spécifier les faits qui ont constitué l'exercice illégal de la fonction [2]. C'est là, en effet, le fait matériel qui doit être constaté pour que la cour de cassation puisse apprécier si la loi a été sainement appliquée.]]

Ce délit diffère essentiellement, soit par son caractère propre,

[1] Cass. 28 févr. 1842, Bull. n° 40; Dev. 42. 1. 962.

[2] Cass. 12 oct. 1849, Bull. n° 272.

soit par la gravité de ses conséquences, du délit prévu par l'article précédent. L'entrée en fonctions sans prestation préalable du serment n'est que l'omission d'une garantie ; la continuation de ces fonctions après l'expiration ou la révocation du titre est un acte d'envahissement. La première de ces infractions présente peu de périls, puisque l'agent qui s'est irrégulièrement immiscé dans ces fonctions a un droit réel à les exercer ; la deuxième peut avoir, au contraire, de graves résultats, s'il s'agit d'un agent dangereux ou infidèle et dont le pouvoir social ait de justes raisons de se méfier. De cette différence est née l'inégalité des peines. Toutefois, ces deux délits ont pris leur source dans la même pensée, dans le désir de régulariser l'exercice de l'autorité publique, et de renfermer les actes des fonctionnaires dans les limites de leur pouvoir.

§ VIII.

Des peines applicables aux fonctionnaires qui ont participé aux délits dont la surveillance leur est confiée.

784. Nous avons terminé la longue série des crimes, délits ou contraventions que les fonctionnaires publics peuvent commettre dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. La loi a porté sa sollicitude plus loin encore : elle ne s'est point arrêtée à ces délits spéciaux ; elle a prévu que ces agents pourraient participer aux crimes et délits commis, qu'ils sont chargés de surveiller. Or, dans cette hypothèse, les peines ordinaires seront elles seules infligées au coupable? Et si, par exemple, un officier de police judiciaire a commis un vol, ne sera-t-il puni que comme un autre voleur? Telle est la question que le législateur s'est posée, et que l'art. 198 a eu pour objet de résoudre.

« Il est difficile, porte l'exposé des motifs, de ne pas considérer comme plus coupable celui qui, chargé par la loi de réprimer les crimes et délits, ose les commettre lui-même, et il a paru convenable d'élever

la peine à son égard. Si donc il s'agit d'un délit de police correctionnelle, le fonctionnaire qui l'aura commis subira toujours le maximum de la peine attachée à l'espèce de ce délit ; et, s'il s'agit de crime, il subira la peine immédiatement supérieure à celle qu'eût méritée tout autre coupable ; gradation qui ne cessera qu'au point où elle atteindrait la peine de mort. Cette disposition toute morale ne saurait qu'honorer notre législation. »

L'article 198 a formulé ce système en ces temes : « Hors les cas où la loi règle spécialement les peines encourues pour crimes ou délits commis par les fonctionnaires ou officiers publics, ceux d'entre eux qui auront participé à d'autres crimes ou délits qu'ils étaient chargés de surveiller ou de réprimer seront punis comme il suit : s'il s'agit d'un délit de police correctionnelle, ils subiront toujours le *maximum* de la peine attachée à l'espèce de délit, et, s'il s'agit de crime, ils seront condamnés, savoir : à la reclusion, si le crime emporte contre tout autre coupable la peine du bannissement ou de la dégradation civique ; aux travaux forcés à temps, si le crime emporte contre tout autre coupable la peine de la reclusion ou de la détention ; et aux travaux forcés à perpétuité, lorsque le crime emportera contre tout autre coupable la peine de la déportation ou celle des travaux forcés à temps. Au delà des cas qui viennent d'être exprimés, la peine commune sera appliquée sans aggravation. »

Cette nouvelle échelle pénale s'appuie sur un juste motif. Il est certain que la criminalité du fonctionnaire qui s'associe aux crimes ou délits que ses fonctions lui font un devoir de prévenir ou de réprimer, n'est pas la même que celle de tout autre agent ; non-seulement il assume la responsabilité d'un crime commun, mais il trahit la mission de surveillance qui lui était confiée ; il se sert de son autorité pour favoriser des actes qu'il doit empêcher, pour protéger des malfaiteurs, pour s'associer à la perpétration de leurs crimes. Les fonctions que la société lui a conférées pour qu'il la protégeât, il les tourne contre elle et s'en fait un instrument pour la blesser. C'est donc avec raison que cette criminalité plus grave a été jugée passible d'une aggravation de peine.

785. Mais le système d'aggravation établi par l'article 198 est-il à l'abri de tout reproche? La gradation échelonnée par cet article exprime-t-elle une juste distribution des peines? En principe, toute aggravation de peine, lorsqu'elle se puise dans une circonstance personnelle à l'agent, doit être resserrée dans d'étroites bornes [1]. Elle peut, en effet, entraîner un degré plus élevé de la même peine, mais non une peine différente et d'un degré supérieur, car le fait à punir ne change pas de nature. La criminalité de l'agent est plus grave, mais elle n'altère pas le caractère de l'action. La peine établie par le code pour la répression de cette action doit donc rester la même, seulement elle peut être élevée jusqu'au maximum. Cette règle n'a été suivie par l'article 198 qu'à l'égard des matières correctionnelles; quand il s'est agi de crimes, la loi ne s'est plus contentée d'aggraver la peine commune, elle a infligé au fonctionnaire une peine d'un degré supérieur; de sorte que l'acte reçoit l'application d'un châtiment qui, en règle générale, lui est inapplicable. Mais en outre, et par une singulière inadvertance, la loi n'a plus pris cette peine supérieure dans le même ordre de pénalités; ainsi, les peines de la reclusion, des travaux forcés à temps et à perpétuité, qui sont destinées à la répression des crimes communs, se trouvent substituées, à l'égard des fonctionnaires, aux peines du bannissement, de la détention dans une forteresse, et de la déportation, qui sont essentiellement réservées aux crimes politiques. D'où il suit que les crimes politiques auxquels un fonctionnaire chargé de leur surveillance aura participé, seront punis, par une exception à la règle générale, des peines qui ne sont applicables qu'aux crimes ordinaires. Cette anomalie est tellement flagrante, que le législateur belge en a proposé la correction dans le projet du code pénal qu'il a soumis aux chambres de ce pays [2].

786. Après ces premières observations sur le système de l'article 198, il faut examiner les règles auxquelles son application est

[1] *Voy.* t. 1, p. 287.

[2] Observ. sur le cod. pén. belge, par M. Haus, t. 2.

soumise. Ce n'est, en premier lieu, que *hors les cas* où la loi a réglé d'une manière *spéciale* la peine encourue par le fonctionnaire ou l'officier public, que cet article peut être appliqué. Il faut entendre par ces mots que, toutes les fois qu'en s'occupant d'un crime ou d'un délit, la loi en a prévu la perpétration par les fonctionnaires ou officiers publics, cette disposition spéciale doit seule être appliquée; et ce n'est qu'au seul cas où la loi a posé une règle générale de répression, sans s'occuper de la qualité de l'agent, qu'à raison de cette qualité l'article 198 peut être invoqué.

Cet article est ensuite restreint au seul cas où le fonctionnaire ou l'officier public a *participé* à des crimes ou délits qu'*il était chargé de surveiller ou de réprimer*. Cette dernière condition de l'aggravation est aussi claire qu'elle est logique : c'est parce que l'agent est chargé par ses fonctions de surveiller ou de réprimer tel acte, tel délit, que sa participation à cet acte, à ce délit, devient plus criminelle. Il est donc nécessaire d'établir la mission légale du fonctionnaire et sa compétence pour réprimer ou surveiller le délit auquel il s'est associé. Cette règle se réduit à une double appréciation des devoirs spéciaux du fonctionnaire et du caractère particulier du fait qu'il a favorisé. Mais il est plus difficile de fixer le sens de cette *participation* au crime, que la loi exige comme une autre condition de l'aggravation. De cette expression que la loi n'a pas définie, faut-il induire la nécessité de la coopération d'un tiers? ou cette aggravation est-elle applicable encore, si le fonctionnaire, au lieu de *participer* au crime, l'a commis seul et sans coopération?

787. La cour de cassation a décidé que cette expression enveloppait les deux cas. Il s'agissait, dans l'espèce de son arrêt, d'un commissaire de police qui avait commis un vol d'argenterie dans un hôtel où il prenait ses repas. Elle déclara : « que ce vol ayant été commis par un individu chargé de surveiller et de réprimer les crimes et délits, cette circonstance lui donnait un caractère de criminalité que la loi punit plus sévèrement, sans exiger que, pour devenir applicable, l'accusé ait agi dans l'exercice de ses fonctions d'une manière plus directe que celle d'avoir été chargé de surveiller les

crimes et délits qui peuvent se commettre [1]. » Cet arrêt ne juge toutefois la question qu'implicitement; la règle qu'il avait surtout pour objet de poser était qu'il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 198, que le fonctionnaire ait agi dans l'exercice de ses fonctions, et ce point n'était susceptible d'aucun doute.

Mais de graves motifs peuvent être invoqués dans le même sens; car il semble que celui qui commet directement un délit ne doit pas être puni moins sévèrement que celui qui concourt à la perpétration par une participation indirecte. L'extrait que nous avons cité de l'exposé des motifs paraît favoriser cette opinion, qui a été adoptée sans difficulté par les différents interprètes du code pénal [2]. Cependant est-ce bien là le sens de l'article 198? est-ce là l'intention qui a présidé à la rédaction? En punissant la *participation* du fonctionnaire à des actes dont ses fonctions lui commandaient la surveillance, la pensée du législateur a été de punir la connivence des agents du pouvoir avec les délinquants, l'association criminelle qui les liait entre eux; c'est là l'idée que les termes de la loi révèlent; c'est aussi dans cette association que la criminalité du fonctionnaire puise une plus haute gravité : car, s'il n'agit pas alors dans l'exercice de ses fonctions, il se sert du moins de ses fonctions pour faciliter l'exécution du délit, puisqu'il en paralyse l'action, puisqu'à dessein il ne les exerce pas. Or la perpétration du même délit a-t-elle les mêmes caractères quand l'agent le commet sans le concours des tiers et isolément? Dans le premier cas, il trahit son devoir, il se coalise avec les individus qu'il doit surveiller, il place son autorité au service des malfaiteurs; dans l'autre hypothèse, au contraire, il n'agit que comme un simple particulier; il est plus coupable sans doute, parce qu'il doit mieux connaître l'immoralité de l'action, mais du moins il ne rend pas son autorité complice du délit, il ne la livre pas à des tiers par suite d'une criminelle association; et assurément il y a moins de perversité et moins de péril social dans un acte isolé, qui semble se

[1] Cass. 2 mai 1816, Journ. Jalbert, 1816, p. 507.

[2] Carnot et Bourguignon sur l'art. 198.

voiler par son isolement même, que dans la coalition effrontée du fonctionnaire chargé d'une surveillance avec les malfaiteurs qu'il surveille. Ces nuances sont délicates peut-être, mais elles tendent à expliquer une distinction qui résulte d'un texte formel ; car la participation à un crime suppose nécessairement la coopération de plusieurs agents ; cette coopération, ce lien de complicité, voilà donc la circonstance aggravante établie par la loi ; c'est donc à l'existence de cette circonstance que doit être subordonnée l'aggravation de la peine. On a pu sans doute arriver par le raisonnement à prouver la nécessité de cette peine plus forte, dans le cas de la perpétration isolée comme au cas de la participation ; mais admettons que cette application soit fondée en raison, elle ne le serait pas en droit, car on ne peut appliquer une peine par voie d'analogie, étendre une disposition répressive par voie d'interprétation. Ce n'est point assurément sans quelque hésitation que nous nous sommes résolus à contredire une opinion jusqu'à présent acceptée sans contradiction ; mais nous avons dû énoncer nos raisons de douter, et nous croyons qu'elles méritent au moins d'être pesées.

788. Cette opinion semble d'ailleurs puiser quelque force dans le rapprochement des articles 198 et 462. Ce dernier article punit d'un tiers en sus de la peine les délits correctionnels de dévastation ou de dommage, lorsqu'ils *ont été commis* par des gardes champêtres ou forestiers, ou des officiers de police. La difficulté de concilier ces deux dispositions a épuisé la science des interprètes. M. Carnot a prétendu que l'article 462 s'appliquait aux délits commis hors de l'exercice des fonctions, et que l'article 198 devait être invoqué, au contraire, à l'égard des faits commis dans cet exercice[1]. M. Bourguignon a facilement démontré l'inexactitude de cette explication : l'article 198 ne dit point, en effet, que ses dispositions s'appliqueront aux fonctionnaires ou officiers publics qui auront commis des crimes ou délits dans l'exercice de leurs fonctions, mais qu'elles s'étendront à ceux qui auront participé aux crimes ou délits qu'ils étaient

[1] Comm. du cod. d'inst. crim. sur l'art. 9, obs. 3 et 10.

chargés de surveiller ou de réprimer. Mais ce jurisconsulte s'arrête après cette observation, et n'énonce aucun mode de conciliation [1]. Et en effet, en adoptant l'interprétation de la cour de cassation, il devient impossible de combiner ces deux articles : car quels motifs de la dérogation de l'art. 462 au principe de l'art. 198? et pourquoi ces deux dispositions contradictoires appliquées aux mêmes agents dans deux espèces identiques? Dans le système que nous proposons, au contraire, ces deux articles se concilient sans nulle difficulté; car l'art. 198 ne prévoit, suivant nous, que les cas de complicité du fonctionnaire avec les malfaiteurs, tandis que l'article 462 punit la perpétration directe et isolée de certains délits par l'officier lui-même : ce sont donc deux espèces distinctes, deux hypothèses différentes que le code a énoncées dans des termes divers, et auxquelles il n'a point dû attacher les mêmes peines. L'article 462 restreint nécessairement l'article 198 dans le sens que nous lui avons donné; et remarquons enfin que, dans l'article 462, l'action directe du fonctionnaire n'est point punie d'une peine supérieure à la peine commune ou du maximum de cette peine, mais seulement du tiers en sus de cette même peine. Dans un code où toutes les dispositions se tiennent et s'enchaînent comme l'expression d'une pensée générale, cette différence de la pénalité confirme nos précédentes réflexions sur la distance morale qui sépare les deux actes.

789. L'énumération des peines tracées par l'art. 198 est claire et ne donne lieu qu'à peu d'observations : il importe seulement de rappeler que ces peines sont dominées par la disposition générale de l'article 463, qui s'applique à toutes les peines prononcées par la loi, lorsque le jury a déclaré des circonstances atténuantes en faveur des accusés. Toutefois l'application de cet article a soulevé quelques incertitudes à l'égard du deuxième paragraphe de l'article 198, qui dispose que les coupables, s'il s'agit d'un délit de police correctionnelle, subiront *toujours* le maximum de la peine attachée à l'espèce du délit. On a pensé que cette expression devait exclure, dans ce

[1] Jurispr. des cod. crim. t. 3, p. 200.

cas spécial, la règle générale d'atténuation. Mais les termes du dernier paragraphe de l'article 463 sont généraux et absolus; ils comprennent donc l'article 198 comme les autres. Ce qui résulte du mot *toujours*, employé dans ce dernier article, c'est que les tribunaux doivent prononcer contre les fonctionnaires publics, pour les cas qui y sont spécifiés et en matière correctionnelle, le *maximum* de la peine, à moins qu'il n'y ait des circonstances atténuantes, car on ne peut raisonnablement supposer que, dans les délits dont l'art. 198 prescrit une répression sévère, il ne puisse se présenter de circonstances atténuantes. Telle est aussi la doctrine adoptée sur ce point par la cour de cassation [1].

[1] Cass. 27 juin 1834, Jour. du dr. crim. 1834, p. 290.

CHAPITRE XXXII.

TROUBLES APPORTÉS A L'ORDRE PUBLIC PAR LES MINISTRES DES CULTES DANS L'EXERCICE DE LEURS FONCTIONS.

(*Commentaire des art.* 199 *à* 208 *du C. pén.*)

790. Objet de ce chapitre.
791. Les ministres des cultes ne sont point compris dans la classe des fonctionnaires publics.
792. Distinction des cultes reconnus et non reconnus par l'État.

§ Ier. — *Contraventions propres à compromettre l'état civil des personnes.*

793. Esprit et limites des dispositions de la loi à ce sujet.
794. Eléments des contraventions prévues par les art. 199 et 200.
795. Exception pour le cas où le mariage civil existe.

§ II. — *Critiques, censures ou provocations contre l'autorité publique dans un discours.*

796. Caractère général des délits prévus par les art. 201, 292 et 203.
797. La législation sur la presse a laissé subsister ces articles.
798. Critique ou censure du gouvernement dans un discours public (art. 201).
799. Provocation à la désobéissance non suivie d'effet (art. 202).
800. Provocation à la sédition suivie d'effet (art. 203).
801. Difficulté de faire la preuve de ces délits.
802. Excuse résultant de la rétractation du ministre du culte.

§ III. — *Critiques ou censures dans un écrit pastoral.*

803. Définition des cas prévus par les art. 204, 205 et 206.
804. Caractère des délits qui font l'objet de ces articles.
805. Omission de la loi du 28 avril 1832 dans la rédaction de l'art. 206.

§ IV. — *Correspondance des ministres du culte avec les puissances étrangères sur les matières de religion.*

806. Objet et esprit des art. 207 et 208.
807. Caractère du délit prévu par l'art. 207.
808. Cet article s'applique-t-il à l'exécution d'une bulle dont la publication n'a pas été autorisée.
809. Caractère du délit prévu par l'art. 209.

790. Le code pénal s'est occupé à différentes fois des délits qui peuvent naître de l'exercice des cultes, soit pour réprimer les écarts de leurs ministres, soit pour les protéger contre les outrages auxquels ils sont exposés, soit pour soumettre leurs actes à des règles de surveillance. « Ces diverses dispositions, porte l'exposé des motifs, se lient ensemble et forment un code complet, relatif au libre exercice des cultes; elles consacrent ce grand bienfait de la puissance et de la raison, précieux et admirable résultat des lumières et de la politique; elles empêchent qu'il ne soit troublé par la violence, ou ne puisse devenir nuisible. » Nous n'avons à nous occuper dans ce chapitre que des délits que les ministres des cultes peuvent commettre dans l'exercice de leurs fonctions.

791. Le code a séparé les délits de ces ministres de ceux des fonctionnaires publics, parce que, suivant le même exposé des motifs, « les ministres des cultes, à qui nulle autorité temporelle n'est départie, mais dont l'influence et la conduite ne sauraient être étrangères à la paix publique, n'entrent point dans la classe de ces fonctionnaires. » Le prêtre, en effet, n'est point un fonctionnaire public, car il ne tient aucune misssion de l'État, il n'est revêtu d'aucun caractère civil, il n'exerce aucune portion de l'autorité publique. Ses fonctions sont toutes religieuses; elles s'arrêtent aux portes du temple. Ce principe, que nous aurons lieu d'appliquer plus loin, a été à plusieurs reprises consacré par la jurisprudence[1].

On en a déduit la conséquence que les ministres des cultes ne doivent point jouir du privilége que l'article 75 de la loi du 22 frimaire an VIII n'accorde qu'aux agents du gouvernement, et que dès lors ils peuvent être poursuivis, à raison des délits qu'ils commettent, sans autorisation préalable du conseil d'État[2]. A la vérité, les articles 6 et 8 de la loi du 18 germinal an X ont établi la nécessité

[1] Cass. 23 juin 1831 et 9 sept. 1831, Journ. du dr. crim. 1831, p. 189 et 356.

[2] Cass. 23 juin 1831 et 9 sept. 1831, Journ. du dr. crim. 1831, p 189 et 356.

d'un recours au conseil d'Etat, et de l'autorisation de ce conseil *dans tous les cas d'abus* de la part des ecclésiastiques. Mais cette formalité, restreinte au cas d'abus, ne peut être étendue aux délits. Toutefois la cour de cassation a fait une distinction entre l'action publique et l'action privée : le ministère public peut poursuivre d'office sans autorisation, car la loi n'impose point expressément cette condition à l'exercice de son action, et il est de règle qu'elle ne peut éprouver d'autres entraves que celles qu'élèverait une loi expresse. Mais il n'en serait plus de même à l'égard de l'action dirigée par une partie lésée, parce que l'article 8 de la loi du 18 germinal an X mentionne spécialement le cas où il y a plainte d'une partie, et exige dans ce cas l'autorisation [1]. On peut répondre que, dans ces deux hypothèses, la raison de décider est la même; lorsque le fait prend le caractère d'un délit, il cesse d'être soumis aux règles qui ne concernent que les abus, il est saisi par le droit commun ; toute la difficulté est d'apprécier le véritable caractère du fait.

Ou l'acte commis par le prêtre, dans l'exercice de ses fonctions, constitue un délit prévu par la loi, ou seulement une infraction aux règles de la discipline ecclésiastique. Dans le premier cas, il importe peu que le délit se trouve compris dans l'énumération générique des cas d'abus faite par l'article 6 de la loi du 18 germinal an X; le prêtre est soumis aux mêmes lois et aux mêmes peines que les autres citoyens; la loi ne lui a point conféré de priviléges; il suffit que le cas d'abus ait été qualifié délit pour que son premier caractère soit absorbé par cette qualification. Mais si l'acte, compris parmi les cas d'abus, ne constitue ni délit ni contravention, les règles de la discipline ecclésiastique continuent leur cours, et les formes prescrites par l'action des parties lésées sont maintenues. Cette distinction suffit pour séparer les abus et les délits, et pour empêcher qu'aucune entrave n'arrête l'application de la loi pénale [2].

[1] Cass. 9 sept. 1831, Journ. du dr. crim. 1831, p. 346; 18 fév. 1836, *ibid.* 1836, p. 280.

[2] Cass. 29 déc. 1839, Bull. n° 342 ; 22 avril 1843, Bull. n° 88; Devill. 43. 1. p. 635. — *Voy.* au surplus le Traité de l'inst. crim., t. 3, p. 452.

792. Il est nécessaire d'éclaircir encore un point douteux de la loi avant d'entrer dans l'examen des dispositions qui font l'objet de ce chapitre. La jurisprudence, en appliquant les lois relatives aux cultes, a créé une distinction, dont l'article 1er de la loi du 25 mars 1822 lui a fourni la formule, entre les cultes légalement reconnus par l'État et ceux qui ne le sont pas : cette distinction doit-elle s'appliquer à la section qui fait l'objet de notre examen? Par ces mots : *les ministres d'un culte*, ne faut-il entendre que les ministres d'un culte autorisé? Nous ne le pensons pas. La loi, en proclamant la liberté des cultes, n'a point soumis leur existence à de certaines conditions; l'existence d'un culte est un fait moral qui doit s'apprécier d'après les circonstances, le nombre des personnes qui le professent, les doctrines qui en font la base : il y a culte, dans le sens le plus large de ce mot, toutes les fois qu'une agrégation d'individus se réunit pour adorer en commun et avec des rites convenus la Divinité. Or, faut-il restreindre le sens de ce terme pour n'incriminer que les délits des ministres des cultes reconnus? Mais quel motif de cette restriction? Les cultes non reconnus méritent-ils donc plus de faveur? offrent-ils moins de danger? Les mêmes paroles qui seront poursuivies lorsqu'elles s'élancent d'une chaire autorisée par le gouvernement, seront-elles à l'abri des mêmes poursuites parce que la chaire qui les laisse tomber appartient à un culte nouveau? Il est visible que cette distinction n'est pas dans l'esprit de la loi pénale, et, puisque aucun de ses termes ne l'autorise, il est impossible de l'admettre.

Après ces règles générales posées, nous allons entrer dans l'examen des dispositions du code. Les crimes et délits des ministres des cultes, dans l'exercice de leur ministère, sont divisés en plusieurs classes.

§ Ier.

Des contraventions propres à compromettre l'état civil des personnes.

793. En séparant la puissance civile et la puissance religieuse, la loi a dû prévoir que, dans les premiers temps surtout qui suivraient cette séparation, les ministres des cultes, soit par suite d'habitudes

prises, soit par conviction de leurs droits, tenteraient de ressaisir quelques débris du pouvoir qui leur échappait. Les actes de l'état civil, longtemps confiés aux mains des ministres du culte catholique, semblaient surtout devoir être l'objet de ces empiétements. Déjà la loi du 7 vendémiaire an IV avait défendu, sous des peines sévères, d'accorder aucune autorité aux attestations relatives à l'état civil et émanées de ces ministres. Il fallut ensuite que le législateur inscrivît, dans le concordat du 18 germinal an X, la défense imposée aux mêmes ministres de donner la bénédiction nuptiale aux personnes qui ne justifieraient pas avoir contracté le mariage civil. Cette interdiction fut étendue aux ministres des cultes dissidents et du culte israélite.

Les articles 199 et 200 sont la sanction de ces dispositions; l'exposé des motifs développe la nécessité de ces articles en ces termes: « Les ministres qui procèdent aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il leur ait été justifié de l'acte de mariage reçu par les officiers de l'état civil, compromettent évidemment l'état civil des gens simples, d'autant plus disposés à confondre la bénédiction nuptiale avec l'acte constitutif du mariage, que le droit d'imprimer au mariage le sceau de la loi était naguère dans les mains de ces ministres. Il importe qu'une si funeste méprise ne se perpétue point. »

La loi a limité cette intervention pénale aux seules cérémonies du mariage. La commission du corps législatif avait proposé d'interdire également la célébration des cérémonies religieuses relatives aux naissances et aux décès, avant que l'autorité civile en eût dressé les actes. Les raisons alléguées par le conseil d'État pour repousser cette extension sont sans réplique: « Les inhumations sont faites et constatées par les officiers de l'état civil. La part que les ecclésiastiques y prennent, sous le rapport du culte, ne diminue ni les droits ni les devoirs de ces officiers. Il est donc impossible d'étendre la loi à ce cas. A l'égard des baptêmes, on peut prétendre qu'il y en a d'urgents et qui pressent plus que l'inscription civile, pour laquelle la loi donne trois jours. La disposition doit donc être restreinte aux mariages. »

794. Les articles 199 et 200 sont ainsi conçus : « Article 199. Tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil, sera, pour la première fois, puni d'une amende de 16 francs à 100 francs. » — « Article 200. En cas de nouvelles contraventions de l'espèce exprimée en l'article précédent, le ministre du culte qui les aura commises sera puni, savoir : pour la première récidive, d'un emprisonnement de deux à cinq ans, et pour la seconde, de la détention. »

Ces dispositions impriment au même fait trois caractères, trois criminalités diverses, suivant l'intention présumée qui a dirigé son auteur. Si le ministre du culte omet une seule fois d'exiger la justification du mariage civil, la loi ne voit dans cette omission qu'une simple négligence, et cette négligence ne constitue à ses yeux qu'une contravention matérielle ; il est même à remarquer qu'ici le code, dérogeant à la classification formulée par son article 1er, a positivement qualifié contravention un fait qu'il punissait d'une peine correctionnelle. Si l'infraction se renouvelle, elle prend dans cette récidive le caractère d'un délit moral, parce que la réitération semble indiquer une résolution arrêtée de substituer le ministère ecclésiastique à celui des seuls officiers reconnus par l'autorité publique, et de remplacer par des cérémonies religieuses des actes qui, aux yeux de la loi, sont purement civils : c'est alors un acte, non plus de négligence, mais d'usurpation de pouvoir qui révèle une pensée de désobéissance à la loi. Enfin, à la troisième infraction, l'action revêt le caractère d'un crime, parce que, suivant l'expression de l'orateur du gouvernement, celui qui a failli trois fois se place évidemment dans un état de désobéissance permanente et de révolte contre la loi.

On trouve l'origine de cette gradation dans les délibérations du conseil d'Etat. « M. Regnaud dit qu'il conçoit trois positions différentes : ou le curé se contente de l'assertion des parties qui sont effectivement mariées ; c'est le cas de négligence : ou l'assertion des parties est fausse, et néanmoins le curé passe outre ; dans cette hypothèse, il y a faute de sa part : ou enfin le curé persuade aux par-

ties qu'il n'est besoin que de la bénédiction nuptiale pour rendre le mariage légitime, alors il y a délit. M. Cambacérès répond que ces distinctions sont exactes, mais qu'il serait difficile de les prendre pour guides dans l'application. Comment prouver que le curé a dissuadé les parties de se retirer devant l'officier de l'état civil? Il est plus simple de graduer la peine d'après les récidives, et l'on arrive également par là aux distinctions que M. Regnaud a proposées. La première faute ne doit être considérée que comme l'effet de la négligence, la deuxième comme un délit, la troisième comme un crime [1]. »

795. L'article 199 semble faire résulter la contravention de la seule omission d'avoir exigé la justification légale du mariage civil. Cependant, si les parties étaient effectivement mariées, la poursuite n'aurait plus de base ; car quel en serait le but, puisqu'il n'y aurait alors nul préjudice possible? Si l'on admettait une autre interprétation, on arriverait à confondre dans la même peine le défaut de justification d'un acte, quand le ministre peut avoir eu la preuve acquise de la célébration du mariage civil, et la célébration du mariage religieux avec la conviction que le mariage civil n'a pas eu lieu. La loi pénale a voulu punir la simple négligence, mais à condition toutefois que cette négligence ait pu être dommageable. Cette interprétation, sur laquelle les termes de l'article 199 jettent quelque incertitude, se trouve parfaitement éclaircie par les discussions du conseil d'État. On y lit, en effet, qu'un membre du conseil avait proposé d'infliger la peine de l'amende à l'ecclésiastique qui négligerait de se faire représenter l'acte de mariage des parties qui seraient d'ailleurs mariées, et la peine de l'emprisonnement dans le cas où elles ne le seraient pas. M. Berlier répondit qu'il ne comprenait pas bien la distinction proposée, et moins encore son utilité: « Car, ajouta-t-il, si le mariage a été préalablement reçu par l'officier de l'état civil, il n'y aura ni parties lésées, ni lieu à rechercher le ministre du culte, qui, en tout cas, dirait ou qu'on lui a présenté l'acte, ou qu'il le connaissait pour y avoir assisté lui-même. L'arti-

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 29 août 1809.

cle ne reçoit donc réellement son application qu'à la bénédiction nuptiale conférée à des personnes non préalablement liées par le contrat civil, et que la cérémonie religieuse aurait induites en erreur sur leur état, si elles eussent regardé le ministre du culte comme capable de le leur conférer[1]. »

§ II.

Des critiques, censures ou provocations dirigées contre l'autorité publique dans un discours pastoral prononcé publiquement.

796. Si les cultes sont libres dans leur exercice, c'est à la condition qu'ils se renfermeront dans les limites qui leur sont assignées par leur mission sainte ; si leurs ministres peuvent librement annoncer leurs enseignements, c'est à la condition que leur parole sacrée, uniquement vouée aux choses de la religion, ne mêlera point à ces intérêts éternels les éphémères intérêts de la société civile. La chaire ne doit compte à personne des discours dont elle a retenti, tant qu'elle s'est renfermée dans cette sphère ; sa responsabilité ne commence que lorsqu'elle a empiété sur un terrain qui lui est étranger. C'est cette limite que la loi pénale a eu pour but de protéger.

Sous notre ancien droit, les prédicateurs qui, dans leurs sermons, se servaient de *paroles scandaleuses et qui tendaient à émouvoir le peuple*, étaient punis par les juges royaux comme perturbateurs du repos public : les articles 1 et 2 de l'édit de juillet 1561 prononçaient contre eux la peine de la hart, et la déclaration du 22 septembre 1595, celle du bannissement à perpétuité. La législation intermédiaire, s'appliquant à des temps qui apportaient au clergé plus de causes d'irritation, déploya une sévérité sans bornes : l'article 23 de la loi du 7 vendémiaire an IV condamnait à la gêne (détention solitaire) à perpétuité tout ministre du culte qui, soit par des discours, soit par des écrits, provoquait le rétablissement de la royauté, l'anéantissement de la république et la désertion, ou qui exhortait à

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 29 août 1809.

la trahison ou à la rébellion envers le gouvernement. Telles sont les dispositions que le code pénal a dû modifier en les reproduisant.

On lit dans l'exposé des motifs : « Trop souvent des prédications insensées ont pris dans les chaires de l'Évangile la place du langage sacré de la morale et de la vertu, et des hommes envoyés pour bénir se sont trop souvent permis de maudire. Trop souvent le fanatisme a fait entendre sa funeste voix là où la religion seule devait parler, et la société tout entière a été ébranlée dans ses fondements et blessée dans ses plus précieux résultats. La répression de ces délits était un devoir du législateur, et ils attaquaient trop cruellement la paix et la sécurité publique pour n'être pas mis au rang de ceux qu'une juste punition doit atteindre. Des peines sont donc prononcées contre tous les ministres des cultes qui, dans leurs discours, dans leurs écrits, dans leurs instructions, auraient censuré le gouvernement, ses lois, ses décrets, et généralement tous les actes de l'autorité civile, excité à leur désobéir, appelé la révolte contre eux, et tenté, par des déclamations criminelles, d'armer les citoyens les uns contre les autres. »

797. Ce délit prend deux caractères distincts, suivant qu'il est commis dans un discours ou dans un écrit pastoral. Nous avons à nous occuper d'abord, dans ce paragraphe, du cas où il se révèle dans les paroles mêmes du prêtre. Mais une question préliminaire, et qui se rattache aux deux modes de perpétration, doit être examinée en premier lieu. Une législation spéciale régit les délits qui se commettent par voie de publication ; ces délits ont été définis et punis par la loi du 17 mai 1819, dont les incriminations ont été depuis développées par les lois des 25 mars 1822 et 27 juillet 1849. Or, quel a été l'effet de cette législation sur les articles 202 et suivants du code pénal? Ces articles en ont-ils subi quelques modifications? Il faut répondre négativement. La loi du 17 mai 1819 a posé des règles générales pour la répression des délits commis par voie de publication ; le code pénal n'a fait que tracer, au contraire, quelques règles particulières pour la répression de certains délits commis par une voie spéciale de communication et par une seule classe de personnes. Ces deux législations se concilient donc facilement entre

elles : l'une punit les délits communs, l'autre ne punit que quelques délits particuliers de la parole et de la presse. Celle-ci conserve donc toute sa force pour les cas qu'elle régit ; aussi l'article 26 de la loi du 17 mai 1819 n'a point compris les articles 202 et 203 du code parmi ceux qu'il abroge ; mais, hors de ces cas spécialement prévus par le code, le ministre du culte qui se rendrait coupable d'un délit commun de publication subirait nécessairement l'application de la législation générale de la presse, car, dès que l'exception cesse de le régir, il retombe sous l'empire de la loi commune.

798. L'acte qui fait l'objet des articles 201, 202 et 203, est identique quant à sa nature et au mode de sa perpétration ; il s'agit, en effet, dans ces trois articles, d'un discours prononcé par un ministre du culte dans l'exercice de son ministère et en assemblée publique. Mais la peine prend des degrés différents de gravité, suivant l'objet du discours, et surtout suivant les effets qu'il produit : la loi distingue, pour établir cette gradation, si le discours ne renferme qu'une simple censure des actes du gouvernement, s'il contient une provocation directe à la désobéissance, enfin si cette provocation a été suivie de sédition.

L'article 201, qui prévoit le premier terme de cette gradation, est ainsi conçu : « Les ministres des cultes qui prononceront, dans l'exercice de leur ministère et en assemblée publique, un discours contenant la critique ou censure du gouvernement, d'une loi, d'une ordonnance royale ou de tout autre acte de l'autorité publique, seront punis d'un emprisonnement de trois mois à deux ans. »

Il faut distinguer dans cette disposition les conditions de l'incrimination du discours qui sont communes aux trois articles, et le caractère de ce discours qui détermine l'intensité de la peine. Il est nécessaire, pour motiver les poursuites, que le discours ait été prononcé par un ministre du culte dans l'exercice de son ministère et en assemblée publique ; ce sont là les éléments essentiels du délit. Si les paroles répréhensibles n'ont pas été proférées devant l'assemblée des fidèles et lorsque le ministre exerçait son sacerdoce, elles peuvent être incriminées encore en vertu des lois communes ; elles

ne sauraient l'être en vertu des dispositions spéciales du code. C'est le sectaire fanatique, c'est le prédicateur séditieux que la loi a voulu atteindre; quand il est descendu de la chaire, quand il ne catéchise plus, le prêtre n'est plus qu'un citoyen soumis, pour ses paroles, aux règles de responsabilité commune à tous les citoyens.

Par discours il ne faut point nécessairement entendre un prône, une conférence, un sermon. Si la loi s'est servie de cette expression, c'est parce que le plus souvent les paroles répréhensibles prendront place dans les instructions de cette nature. Mais le prêtre qui n'élèverait la voix devant l'assemblée que pour faire entendre quelques paroles séditieuses et provocatrices, serait-il moins coupable que celui qui aurait encadré ces paroles dans un discours préparé à l'avance? Cette expression comprend toutes les paroles prononcées par le ministre du culte, pourvu d'ailleurs qu'elles l'aient été en assemblée publique et dans l'exercice de son ministère. Ces deux circonstances sont seules constitutives du délit; l'étendue et la forme du discours ne peuvent en modifier la criminalité.

799. Le discours ne constitue qu'un simple délit passible d'une peine correctionnelle de trois mois à deux ans, s'il ne renferme que la critique ou la censure du gouvernement, d'une loi, d'une ordonnance ou de tout autre acte de l'autorité publique. Il importe peu que cette critique soit directe ou indirecte: la loi ne distingue pas; il suffit que le fait d'une critique, d'une censure quelconque, soit établi.

Le discours ne forme encore qu'un simple délit dans le cas même où il renferme une provocation à la désobéissance ou à la rébellion, si cette provocation n'a été suivie d'aucun effet. L'article 202 est ainsi conçu: « Si le discours contient une provocation directe à la désobéissance aux lois ou autres actes de l'autorité publique, ou s'il tend à soulever ou armer une partie des citoyens contre les autres, le ministre du culte qui l'aura prononcé sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans, si la provocation n'a été suivie d'aucun effet; et du bannissement, si elle a donné lieu à la désobéissance, autre toutefois que celle qui aurait dégénéré en sédition ou révolte. »

Cette disposition provoque deux observations. On doit remarquer d'abord que la circonstance extérieure de l'effet produit par le discours est essentielle pour qu'il soit qualifié crime ; ainsi, quelle que soit la nature ou la gravité de la provocation, tant qu'il n'existe ni désobéissance ni sédition, elle n'est passible que d'une peine correctionnelle. Il ne suffirait même pas qu'elle eût été suivie de *quelque effet* pour revêtir la qualification de crime ; car l'article exige, pour appliquer la peine du bannissement, qu'elle ait donné lieu à la désobéissance. Nous ferons remarquer ensuite que lorsqu'il s'agit de provocation à la désobéissance aux lois, l'article exige qu'elle ait été *directe ;* et que lorsqu'il s'agit au contraire d'excitation à la guerre civile, il se contente d'une *tendance,* et par conséquent d'une provocation *indirecte.* Il suit de là que, dans ce second cas, l'article 202 est toujours applicable, quel que soit le degré de gravité de la provocation, tandis que dans le premier, si la provocation n'est qu'indirecte, cet article cesse de régir l'espèce, et c'est à la loi commune qu'il faut se référer pour caractériser les paroles provocatrices.

800. Nous avons dit que la provocation ne constituait encore qu'un délit dans le cas même où elle appelle la sédition ou la révolte, si elle n'a exercé aucun effet. Mais si l'effet a suivi cet appel séditieux, le ministre est considéré comme fauteur de la sédition, et puni comme complice des crimes qu'elle a pu entraîner. C'est ce qui résulte des termes de l'article 203, ainsi conçus : « Lorsque la provocation aura été suivie d'une sédition ou révolte dont la nature donnera lieu contre l'un ou plusieurs des coupables à une peine plus forte que celle du bannissement, cette peine, quelle qu'elle soit, sera appliquée au ministre coupable de la provocation. » Ainsi la peine pour le ministre provocateur reste le bannissement, au cas même où son discours a été suivi d'une révolte, à moins que l'un des auteurs des actes séditieux n'ait encouru une peine plus forte ; et, dans ce cas seulement, cette peine peut être appliquée au ministre, en vue de la responsabilité que ses paroles ont assumée sur sa tête.

801. Mais comment constater les nuances de la criminalité du discours? comment discerner s'il s'est borné à porter la censure

sur un acte du gouvernement, s'il a provoqué à lui désobéir, à se révolter sur-le-champ? Lorsque les paroles fugitives n'auront laissé nulle trace, lorsqu'elles n'auront produit aucun effet, comment, sur la foi des souvenirs, les rétablir pour en faire jaillir un sens précis, un délit? Cette objection sembla fort grave au conseil d'État, lors de la discussion du code. Il parut à quelques membres de ce conseil que les précautions prises par la loi, pour la garantie des accusés, ne suffisaient pas dans l'espèce; que la difficulté de la preuve appelait d'autres dispositions; que les auditeurs apprécieraient les paroles du prédicateur d'après leurs préventions, le degré de leur zèle et leurs opinions religieuses; et que la justice, mal éclairée, ou s'abstiendrait de punir, ou punirait avec une rigueur excessive. Il fut répondu à ces objections que sans doute, lorsqu'il s'agit de recueillir des paroles pour en composer un corps de délit, les organes de la justice ne sauraient user de trop de circonspection, puisque souvent un mot transposé peut donner une physionomie coupable à une phrase innocente; mais que si quelques témoins altèrent le fait, l'accusé en produira d'autres pour le rétablir; et qu'il est assez probable que là où il n'y aura pas un faisceau d'inculpations unanimes, ou à peu près, l'accusé serait acquitté; qu'enfin, si la preuve est entourée de quelques difficultés, elle n'est point impossible; que ces difficultés sont les mêmes dans toutes les provocations par paroles, et que cependant la loi n'a point établi de dispositions exceptionnelles; que si la valeur des paroles du prêtre peut n'être pas également comprise par tous les auditeurs, il en résulte une sorte de privilége, puisqu'il est moins facile d'atteindre le délit : la justice sera plus circonspecte dans ses poursuites; mais il suffit qu'elle puisse agir dans les cas les plus graves, pour que la conscience publique, offensée par le délit, soit satisfaite. Tels furent les motifs qui portèrent à rejeter toute disposition exceptionnelle, relativement à cette classe de délits. Mais on en inféra avec raison que les peines devraient être moins élevées et plus flexibles que celles qui se rapportent aux mêmes délits quand ils sont commis par écrit, puisque les délits de la parole ont un caractère plus vague, des nuances plus variées et plus difficiles à fixer, puisqu'on

peut supposer que leur auteur a pu céder à un moment d'entraînement et d'irréflexion[1]. De là les différences qui furent établies entre les peines que prescrivent les articles 201, 202 et 203, et celles qui sont portées par les articles 204 et suivants.

802. Un avis du conseil d'État a décidé, sur la demande en autorisation de poursuites formée par un préfet, qu'il n'y a pas lieu de traduire en justice le prêtre prévenu d'avoir tenu en chaire des discours propres à exciter à la haine et au mépris du gouvernement, « lorsqu'il a rétracté devant son évêque le propos répréhensible qu'il s'est permis, et s'est engagé à renouveler sa rétractation en chaire [2]. » Cette décision n'est point assurément une règle que les tribunaux puissent suivre lorsqu'ils sont saisis : la rétractation n'efface point le délit, elle en peut être seulement une circonstance atténuante ; mais cette jurisprudence témoigne de la circonspection qui doit accompagner l'action publique dans ces matières. Ce n'est pas seulement quand les paroles répréhensibles sont constatées que cette action doit être mise en mouvement, il faut encore que ces paroles soient animées par un esprit d'opposition et de rébellion, que la société civile ait été bravée, et qu'il y ait nécessité de soumettre le ministre provocateur au frein des lois [3].

§ III.

Des critiques, censures ou provocations dirigées contre l'autorité publique dans un écrit pastoral.

803. Les articles 204, 205 et 206 prévoient et punissent, comme les articles que nous venons d'examiner, la censure du gou-

[1] Procès-verb. du conseil d'État, séance du 29 août 1809.

[2] Ord. du 16 déc. 1830, Journ. du dr. crim. 1831, p. 55.

[3] Il ne faut pas perdre de vue que, dans tous les cas où l'abus d'autorité constitue un cas d'abus ecclésiastique, il y a lieu de recourir au conseil d'État. Cass. 12 mars 1840, Bull. n° 79. *Voy.* aussi le Traité de l'inst. crim. t. 3, p. 462, § 167.

vernement et de ses actes, et les provocations à la désobéissance et à la révolte que les ministres des cultes peuvent répandre parmi les citoyens. Mais une différence sensible sépare ces crimes de ceux qui les précèdent. Il ne s'agit plus ici d'une censure ou d'une provocation commise par la parole; la loi la prévoit et la saisit dans l'écrit qui doit la publier. Il ne s'agit pas ensuite de toute espèce d'écrits répréhensibles : la loi ne s'occupe que des seules instructions pastorales. Les écrits de cette classe, auxquels s'attache une haute autorité, ont paru appeler des dispositions spéciales, parce que les paroles qu'ils renferment ont plus de poids, et peuvent produire plus d'effet parmi les peuples[1].

Mais de ces dispositions ainsi limitées on doit déduire deux conséquences : la première, c'est que les crimes qu'elles définissent ne peuvent en général être commis que par les évêques, puisque ces prélats seuls ont le droit de publier des instructions pastorales; et c'est là sans doute l'une des sources de l'élévation des peines édictées par ces articles, parce que ces membres du haut clergé, plus éclairés et plus puissants, se rendent plus coupables quand ils publient dans l'exercice même de leur ministère des écrits hostiles au gouvernement. Une deuxième conséquence, c'est qu'à l'égard de tous autres écrits répréhensibles qui seraient publiés par les ecclésiastiques et par les évêques eux-mêmes, c'est au droit commun qu'il faut se référer pour y trouver les règles de responsabilité qui leur sont applicables.

804. L'article 204 est ainsi conçu : « Tout écrit contenant des instructions pastorales, en quelque forme que ce soit, et dans lequel un ministre du culte se sera ingéré de critiquer ou de censurer, soit le gouvernement, soit tout acte de l'autorité publique, emportera la peine du bannissement contre le ministre qui l'aura publié. » Plusieurs conditions se réunissent pour que cet article soit applicable : il faut que l'écrit soit une *instruction pastorale*, quelle qu'en soit

[1] *Voyez* le rapport de M. le conseiller d'État Suin, sur l'appel comme d'abus formé contre l'évêque de Poitiers (*Moniteur* du 3 avril 1861).

d'ailleurs la forme ; que cette instruction ait été publiée, car la pensée même écrite n'est encore aux yeux de la loi pénale qu'une pensée, jusqu'à ce que, par un fait autre que celui de la force majeure, le secret en ait cessé ; que cette publication soit le fait du ministre lui-même, car on ne saurait le rendre responsable d'un fait indépendant de sa volonté, et la loi a énoncé avec raison cette condition essentielle de la criminalité ; enfin, que l'écrit contienne une critique ou une censure du gouvernement ou de ses actes.

Les caractères généraux du crime restent les mêmes, mais la peine est aggravée, lorsque l'instruction pastorale renferme, non une simple censure, mais une provocation à la rébellion : « Si l'écrit mentionné en l'article précédent, porte l'article 205, contient une provocation directe à la désobéissance aux lois ou autres actes de l'autorité publique, ou s'il tend à soulever ou armer une partie des citoyens contre les autres, le ministre qui l'aura publié sera puni de la détention. » Toutes les circonstances que nous avons relevées dans l'article précédent sont nécessaires pour caractériser le second crime ; mais il faut de plus une provocation directe à la désobéissance, ou une tendance à exciter la guerre civile. Un membre du conseil d'État fit remarquer que ce deuxième membre de l'article se confondait à peu près avec le premier. M. Berlier répondit que, sans provoquer en termes directs et formels à désobéir à telle ou telle mesure de l'autorité publique, on peut avoir tenu des discours propres à soulever ou armer les citoyens les uns contre les autres, et qu'on ne saurait justement considérer comme redondantes des expressions qui n'ont pour objet que d'obvier à toute lacune [1].

Enfin la provocation contenue dans l'écrit pastoral peut avoir été suivie d'effet ; alors le prélat provocateur est considéré comme complice des actes de la sédition, et les peines encourues par les agents de la sédition lui sont appliquées, si d'ailleurs ces peines sont supérieures à la déportation. C'est ce qui résulte de l'article 206, ainsi conçu : « Lorsque la provocation contenue dans l'écrit pastoral aura

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 29 août 1809.

été suivie d'une sédition ou révolte dont la nature donnera lieu contre l'un ou plusieurs des coupables à une peine plus forte que celle de la déportation, cette peine, quelle qu'elle soit, sera appliquée au ministre coupable de la provocation. » Cet article ne fait que reproduire l'article 203, et dès lors nos précédentes observations s'y appliquent entièrement.

805. Mais il est essentiel de signaler ici une omission assez grave commise par le législateur. La loi du 28 avril 1832 a substitué, dans l'article 205, la peine de la détention temporaire à celle de la déportation ; mais cette correction n'a point été faite dans l'article 206, où toutefois les mêmes motifs la rendaient nécessaire. Il est visible, en effet, que le but du code pénal était de graduer la peine suivant que la provocation avait été ou non suivie d'effet, en prononçant dans le premier cas la peine de la déportation, et dans le second la peine encourue par les auteurs de la rébellion, si cette peine était plus grave que la déportation. Cette pénalité, quoique trop rigoureuse sans doute, était du moins assise sur une base logique. Or, le législateur de 1832, en abaissant la peine du premier de ces articles, sans modifier celle du second, a détruit cette gradation. En effet, il n'existe plus pour ce fait aucune peine intermédiaire entre la détention temporaire portée par l'article 205, et les travaux forcés à perpétuité et la peine capitale dont l'article 206 prescrit l'application. De là il résulte que la provocation est punie de la même peine, soit qu'elle n'ait été suivie d'aucun effet, soit que la sédition qu'elle a fait naître soit de nature à rendre les auteurs passibles des travaux forcés à temps et même de la déportation; et toutefois, dans ces deux espèces, le fait n'a ni les mêmes conséquences matérielles, ni la même gravité morale. De là il suit encore que le ministre provocateur ne sera puni que de la détention, quand les agents de la sédition encourront les travaux forcés à temps, la reclusion ou la déportation ; et cependant le vœu de la loi a été qu'il fût considéré comme leur complice. Il serait inutile d'insister sur ces conséquences contradictoires : il est évident qu'elles prennent leur source dans une omission échappée au législateur, et il nous suffit de l'avoir relevée.

§ IV.

De la correspondance des ministres des cultes avec des cours ou puissances étrangères sur des matières de religion.

806. L'exposé des motifs explique en ces termes l'objet des articles 207 et 208 : « De quelque fonction qu'on soit revêtu, on ne cesse point d'être sujet de son prince et de l'État ; on n'appartient point à une autre puissance ; il n'y a en France que des Français : c'est un délit répréhensible et dangereux d'entretenir des relations avec une puissance étrangère contre le gré de son souverain, d'avoir une correspondance avec elle sur les fonctions qu'on exerce, de lui vouer une sorte de soumission, de se constituer son subordonné, de faire dépendre l'exercice de ce qu'on doit à sa patrie, de ce qu'on croit devoir à une autre puissance ; aussi le quatrième paragraphe de la section 3 est-il expressément consacré à réprimer les ministres des cultes qui oseraient s'en rendre coupables. »

Ces paroles dévoilent le but secret du législateur : en parlant en général de la correspondance des ministres des cultes avec une puissance étrangère, il n'a en vue que leur correspondance avec la cour de Rome ; c'est contre les entreprises de cette cour que les art. 207 et 208 sont dirigés ; si leur rédaction n'est pas plus précise, c'est que, par une sorte de circonspection, on a voulu éviter de la nommer, et qu'on a pensé qu'elle se trouverait suffisamment désignée par l'expression générique insérée dans ces articles.

Mais alors la question s'élève de savoir si ces articles sont en harmonie avec le principe de la liberté des cultes, et s'ils n'ont point été abrogés par la charte quand elle a posé ce principe. Il est évident que l'article 207 restreint en quelque manière et sous un rapport l'exercice du culte catholique, puisque ce culte reconnaît pour chef un souverain étranger, et que la correspondance avec ce souverain sur les matières religieuses est dans quelques cas essentielle à son

exercice. Toutefois, on peut répondre que cet article ne prohibe nullement cette correspondance, mais qu'il la soumet seulement à la surveillance du gouvernement, afin de la maintenir dans de justes limites : « Il ne s'agit pas, dit l'exposé des motifs, de rompre les rapports légitimes d'aucun culte avec des chefs même étrangers ; il n'est question que de les connaître ; et ce droit du gouvernement, fondé sur le besoin de maintenir la tranquillité publique, impose aux ministres des cultes des devoirs que rempliront avec empressement ceux dont les cœurs sont purs et les vues honnêtes. » Il est douteux ensuite que ces dispositions soient relatives à l'exercice même du culte ; et l'on ne peut dire, à proprement parler, qu'elles entravent cet exercice ; elles règlent seulement les rapports qu'il fait naître avec un souverain étranger ; et peut-être le pouvoir social n'outrepasse pas ses droits en s'immisçant dans ces rapports, non pour les défendre, mais pour les surveiller.

807. L'article 207 est ainsi conçu : « Tout ministre d'un culte qui aura, sur des questions ou matières religieuses, entretenu une correspondance avec une cour ou puissance étrangère, sans en avoir préalablement informé le ministre du roi chargé de la surveillance des cultes, et sans avoir obtenu son autorisation, sera, pour ce seul fait, puni d'une amende de 100 fr. à 500 fr., et d'un emprisonnement d'un mois à deux ans. » Remarquons, en premier lieu, qu'il ne s'agit point ici d'un délit moral ; la loi trace une prohibition, et punit toute infraction matérielle à cette défense ; elle fait abstraction de l'objet de la correspondance et de l'intention qui l'a dirigée : c'est une simple contravention que le seul fait de l'infraction constitue. Il résulte, en second lieu, des termes de l'article, que ce n'est point une censure légalement établie de la correspondance du clergé : le ministre du culte n'est assujetti qu'à demander l'autorisation de correspondre ; cette autorisation obtenue, il peut s'adresser directement à la cour étrangère sans être astreint à communiquer ses dépêches. La loi ne soumet pas au *visa*, mais seulement à l'autorisation du gouvernement.

808. La question s'est élevée de savoir si cet article était appli-

cable au ministre du culte coupable d'avoir mis à exécution une bulle ou un bref du pape dont la publication n'avait pas été autorisée et qui n'avait pas été enregistré au conseil d'Etat. On reconnut facilement l'inapplication de cette disposition; et comme, d'un autre côté, l'article 1er de la loi du 18 germinal an X n'a sanctionné d'aucune peine la défense qu'il porte, on voulut recourir à la loi des 9-17 juin 1791, qui punit cet empiétement de la dégradation civique; mais quelques esprits doutèrent que cette loi fût encore en vigueur, et le décret du 25 janvier 1811 porta dans son article 2 : « Ceux qui seront prévenus d'avoir, par des voies clandestines, provoqué, transmis ou communiqué ledit bref, seront poursuivis devant les tribunaux et punis comme tendant à troubler l'Etat par la guerre civile, aux termes des articles 91 et 103 du code pénal[1]. » Il n'est pas besoin de démontrer que ce décret ne renferme point une règle générale, et d'ailleurs une telle règle ne pourrait enchaîner les tribunaux. Il ne s'agit dans cet acte que de l'appréciation d'un fait, appréciation qui ne peut survivre au fait lui-même. Pour étendre la même incrimination à tous les faits de la même nature, il eût fallu l'intervention de la loi elle-même. La conséquence de ces observations est que la publication ou la mise à exécution d'un bref non enregistré ne paraît devoir être considérée que comme un cas d'abus qui rentre dans les dispositions de la loi du 18 germinal an X.

809. L'article 208 prévoit la perpétration du même fait avec des circonstances qui l'aggravent : « Si la correspondance mentionnée en l'article précédent a été accompagnée ou suivie d'autres faits contraires aux dispositions formelles d'une loi ou d'une ordonnance du roi, le coupable sera puni du bannissement, à moins que la peine résultant de la nature de ces faits ne soit plus forte, auquel cas cette peine plus forte sera seule appliquée. »

Cet article imprime à l'infraction un nouveau caractère : ce n'est plus une simple contravention à une prohibition; elle puise son ca-

[1] Ce décret porte par erreur les articles 91 et 103 du code des délits et des peines.

ractère d'aggravation dans les faits qui l'accompagnent ou la suivent; elle revêt la qualification de crime. Il est donc essentiel que ces faits concomitants révèlent l'intention criminelle de l'agent; autrement l'article 207 demeurerait seul applicable. Un autre élément du crime consiste en ce que les faits concomitants doivent constituer une violation formelle, soit d'une loi, soit d'une ordonnance du roi. Or il peut arriver soit que ces faits ne soient en eux-mêmes passibles d'aucune peine, soient qu'ils aient le caractère de délits correctionnels, soit enfin qu'étant qualifiés crimes, ils ne soient cependant passibles que d'une peine inférieure au bannissement, la dégradation civique : la loi n'a fait, à l'égard de ces trois hypothèses, aucune distinction ; quelle que soit la distance qui les sépare, la peine est la même, et cette peine est le bannissement. Cette pénalité ne s'aggrave que dans le seul cas où les faits qui ont accompagné ou suivi la correspondance seraient passibles d'une peine plus forte ; alors la loi, par une disposition surabondante, puisqu'elle ne fait que consacrer une conséquence immédiate du principe qui prohibe la cumulation des peines, déclare que dans cette hypothèse la peine la plus forte sera seule appliquée.

CHAPITRE XXXIII.

DE LA RÉBELLION.

(*Commentaire des art.* 209 *à* 221 *du code pénal.*)

810. Objet et division de ce chapitre.
811. Caractères généraux de la rébellion (art. 209).
812. Premier élément du délit : attaque ou résistance avec violences et voies de fait.
813. L'attaque et la résistance ont les mêmes caractères.
814. Deuxième élément : quels sont les officiers publics qui doivent être l'objet des violences et voies de fait ?
815. Troisième élément : il faut que les agents aient agi pour l'exécution des lois ou des ordres de l'autorité.
816. Si la résistance constitue un délit lorsqu'elle repousse un acte irrégulier ou arbitraire ; jurisprudence.
817. Le droit de résistance aux actes arbitraires était reconnu dans l'ancienne législation.
818. Distinction entre les actes irréguliers et ceux qui constituent une attaque contre le droit.
819. Le principe général est l'obéissance aux actes de l'autorité.
820. Cas où la présomption de légalité est remplacée par la présomption contraire.
821. Système de pénalité applicable à la rébellion (art. 212).
822. Dans quels cas une réunion est réputée armée (art. 211 et 214).
823. Rébellion commise par plus de vingt personnes (art. 210).
824. Distinction de la rébellion et des attroupements qui font l'objet des lois des 7 juin 1848 et 25 février 1852.
825. Peines accessoires de l'amende et de la surveillance (art. 218 et 221).
826. Excuse en faveur des individus qui se sont retirés au premier avertissement de l'autorité publique (art. 213).
827. Circonstance aggravante résultant des crimes ou délits commis pendant le cours de la rébellion (art. 216).
828. Assimilation aux faits de rébellion des troubles survenus dans les ateliers publics, les hospices et les prisons (art. 219) et sur les chemins de fer.
829. Mode d'exécution des peines prononcées pour faits de rébellion (art. 220).
830. Des complices de la rébellion par provocation ou autrement (art. 217).

810. Nous ne sommes point au terme de la longue nomenclature des crimes et des délits qui sont spécialement dirigés contre la paix publique. Aux abus de pouvoir des fonctionnaires, aux empiétements des ministres des cultes, succède cette classe d'infractions qui puise sa criminalité dans une sorte de lutte contre l'autorité publique, et qui se manifeste par des actes d'une coupable désobéissance. Ces infractions, que le code de 1791 qualifiait *offenses à la loi*, se divisent en huit classes : la rébellion, les outrages et violences envers les dépositaires de l'autorité publique, les refus de services, l'évasion des détenus et le recèlement des criminels, les bris de scellés, les dégradations de monuments, l'usurpation des titres, et enfin les entraves au libre exercice des cultes. Nous allons parcourir cette nouvelle série de délits, et nous nous occuperons en premier lieu, dans ce chapitre, de la rébellion.

La loi pénale distingue deux espèces de rébellion, qui diffèrent d'après le but que l'agent se propose et les moyens d'exécution qu'il emploie : l'une s'attaque aux pouvoirs mêmes de l'Etat, et les moyens qu'elle met en œuvre sont la guerre civile et la dévastation ; l'article 91 du code qualifie d'attentat à la sûreté de l'Etat cette sorte de rébellion, et nous en avons fait l'objet de notre chapitre XX. L'autre n'est dirigée que contre des actes isolés des agents de l'autorité, et elle n'entrave l'exercice de la puissance publique qu'en paralysant quelques-uns de ses moyens d'action par une résistance locale et des violences instantanées ; c'est à cette espèce d'offense que la loi a réservé le nom spécial de rébellion, et c'est ce délit qui va faire l'objet de notre examen.

Cette matière se divise naturellement en deux parties : nous établirons en premier lieu les circonstances caractéristiques de la rébellion ; nous examinerons ensuite les circonstances aggravantes qui servent de base à la gradation des pénalités.

811. Les caractères de la rébellion sont fixés par l'article 209, qui est ainsi conçu : « Toute attaque, résistance avec violences et voies de fait envers les officiers ministériels, les gardes champêtres ou forestiers, la force publique, les préposés des douanes, les

séquestres, les officiers ou agents de la police administrative ou judiciaire, agissant pour l'exécution des lois, des ordres ou ordonnances de l'autorité publique, des mandats de justice ou jugements, est qualifiée, selon les circonstances, crime ou délit de rébellion. »

Ainsi, et d'après les termes mêmes de la loi, la rébellion est toute attaque ou résistance avec violences et voies de fait envers les agents de l'autorité publique, agissant pour l'exécution des lois et des ordonnances, soit de l'autorité publique, soit de la justice. On a reproché à cette définition d'être trop large, et de s'étendre trop facilement à des actes qui n'étaient pas entrés dans la prévision primitive de la loi. Il nous paraît au contraire qu'elle exprime avec autant de netteté que de précision les caractères essentiels de la rébellion, et peut-être a-t-on reporté sur la loi un reproche qui ne devait s'appliquer qu'à l'interprétation qu'on lui donnait. Nous devons donc nous attacher à préciser les circonstances caractéristiques du délit; ces circonstances sont au nombre de trois : il faut qu'il y ait eu attaque ou résistance avec violences ou voies de fait; que cette attaque ou cette résistance ait eu lieu envers les agents que la loi énumère; enfin, qu'elle se soit manifestée au moment où ces agents agissaient pour l'exécution des lois ou des ordonnances de l'autorité publique ou de la justice. Nous allons reprendre avec quelque développement ces trois conditions de l'existence du délit, dont la dernière surtout a donné lieu aux plus graves difficultés.

812. Le premier élément de la rébellion est qu'elle se produise par *l'attaque ou la résistance avec violences et voies de fait.* Ces violences sont de l'essence du délit; sans elles on ne pourrait concevoir de rébellion. La loi romaine définissait même la nature des voies de fait : *Hâc lege (Juliâ de vi privatâ) tenetur is qui convocatis hominibus vim fecerit quo quis verberetur vel pulsetur* [1]. L'ordonnance de 1670 s'occupait également, dans ses dispositions, de la procédure à suivre contre les *rébellions à justice avec force ouverte;* et l'article 34 de l'ordonnance de Moulins (de février 1566) défen-

[1] L. 2, Dig. ad leg. Jul. de vi privatâ.

dait, sous peine de la vie, *d'excéder aucun des officiers, huissiers, ou sergents faisant ou exploitant actes de justice*. Enfin le code de 1791, prenant les expressions que notre code n'a fait que reproduire, définissait la rébellion une opposition avec *des violences et voies de fait* (2e part., tit. 1, sect. 4, art. 1).

Les outrages et les simples menaces peuvent constituer des délits particuliers, mais ne forment point le délit de rébellion, car ce ne sont point là des voies de fait. Il ne suffit pas que les agents de l'autorité soient empêchés d'exécuter ses mandements, il faut qu'ils soient arrêtés par les actes matériels d'une force active. Cependant il n'est pas nécessaire que des coups aient été portés; si les agents ont été couchés en joue par des rebelles armés de fusils [1], s'ils ont été poursuivis par des individus armés de fourches et de faux, et qui tenaient ces instruments suspendus sur leurs têtes, en les menaçant de les en frapper [2], il faudrait reconnaître dans ces actes, ainsi que l'a fait la cour de cassation dans ces deux espèces, les violences et les voies de fait nécessaires pour constituer le délit. (*Voy.* aussi *suprà*, n° 127.)

[[Il n'est pas douteux, en conséquence, que les individus qui procurent ou facilitent l'évasion d'un prévenu appréhendé au corps, ou qui résistent avec violences et voies de fait aux agents de la force publique qui effectuent son arrestation, se rendent coupables du délit de rébellion [3]; et même que celui qui, pour empêcher la constatation d'une infraction à la discipline militaire, résiste avec violences et voies de fait à des agents de la force publique, commet le même délit [4].

Il ne faut pas, au reste, attacher un sens différent aux mots *violences et voies de fait*. Il a été décidé « que ces expressions ne présentent pas, surtout dans le langage du droit criminel, un sens si

[1] Cass. 28 juill. 1808, Sir. 8. 2. 1167; 16 mai 1817, Dall. t. 12, p. 556; 30 août 1849, Bull. n° 231; 3 avril 1847, n° 71.

[2] Cass. 28 mai 1807, Sir. 7. 2. 1161.

[3] Cass. 26 déc. 1839, Bull. n° 389; Dev. 40. 1. 547.

[4] Cass. 27 déc. 1851, Bull. n° 544.

divers qu'on ne puisse pas, et que le législateur n'ait pas dû considérer ces deux expressions comme synonymes, l'une n'ajoutant rien à la signification, à la portée de l'autre; que les voies de fait s'entendent, comme les violences, d'excès envers les personnes, ce qui est suffisamment indiqué par les termes de l'art. 209; que cela résulte encore mieux du rapprochement des art. 186, 256, 279, 317, 326, 332, applicables aux violences envers les personnes, et de l'art. 228, qui qualifie voie de fait le coup porté à un magistrat en fonctions; qu'évidemment, dans tous les cas, les mots violences et voies de fait sont synonymes; que l'une de ces expressions, prise isolément, a autant de portée que l'autre prise aussi isolément, et que l'on ne voit pas pourquoi il en serait autrement de l'art. 209, pourquoi la réunion, la conjonction de deux expressions synonymes ferait cesser cette synonymie, et pourquoi il ne serait pas indifférent de dire soit violences et voies de fait, soit violences ou voies de fait [1]. »]]

813. La même cour a jugé qu'il faut distinguer l'attaque de la résistance; que l'attaque constitue la rébellion, sans qu'il soit nécessaire de constater qu'elle a été accompagnée des circonstances caractéristiques de violences et de voies de fait; mais que la résistance ne peut être qualifiée crime ou délit qu'autant qu'elle est accompagnée de ces circonstances [2]. Cette distinction ne nous paraît point fondée, et pourrait induire en de graves erreurs. La raison qui a déterminé cette décision est que les circonstances des violences ou voies de fait sont inséparables de l'attaque; mais cette indivisibilité est loin d'être certaine, car un simple outrage ou des menaces verbales pourront être considérés comme une attaque, dès que cette attaque ne sera plus définie par les deux circonstances qui la caractérisent. On ne peut d'ailleurs supposer que la loi ait voulu donner une valeur différente, des éléments divers, aux faits d'attaque et de résistance, lorsque ces faits sont présumés empreints de la même criminalité et sont punis des mêmes peines. Il est donc nécessaire de constater,

[1] Cass. 25 févr. 1843, Bull. n° 44; Dev. 43. 1. 656.
[2] Cass. 2 juill. 1835, Journ. du dr. crim. 1835, p. 358.

dans l'un comme dans l'autre cas, les violences et les voies de fait qui seules constituent la rébellion [1].

Au reste, les expressions employées dans l'article 209, pour caractériser l'attaque ou la résistance *avec violences et voies de fait*, ne sont point sacramentelles ; elles peuvent être remplacées par d'autres expressions, pourvu qu'elles présentent la même idée. C'est ainsi que la cour de cassation a jugé que la rébellion était suffisamment caractérisée par la déclaration qu'il y avait eu *opposition avec force et violence aux ordres d'un maire, et que le gendarme chargé de les faire exécuter avait été repoussé* [2].

814. Le deuxième élément de ce délit est que l'attaque ou la résistance ait été commise envers *les officiers ministériels, les gardes champêtres ou forestiers, la force publique, les préposés à la perception des taxes et des contributions, les porteurs de contraintes, les préposés des douanes, les séquestres, enfin les officiers ou agents de la police administrative ou judiciaire.* On doit remarquer que cette énumération ne comprend point de fonctionnaires publics autres que les officiers de police. La raison en est que l'attaque ou la résistance consistant, ainsi qu'on vient de le dire, dans l'emploi immédiat d'une force matérielle, elle ne peut avoir lieu que contre les agents secondaires chargés d'exécuter les ordres de l'autorité; les fonctionnaires publics, à l'exception des officiers de police, n'exécutent jamais les ordonnances qu'ils rendent, et il ne s'agit ici que de la résistance à cette exécution. Le code de 1791 comprenait tous ces officiers dans l'expression générique de *dépositaires quelconques de la force publique :* la loi a substitué avec raison à ce terme abstrait une désignation qui fait disparaître les difficultés de l'interprétation.

Il résulte du texte de la loi que les voies de fait doivent avoir été exercées envers la personne des préposés; il ne suffirait donc pas, pour qu'il y ait rébellion, qu'elles eussent été commises sur les choses

[1] Cass. 3 avr. 1847, Bull. nº 71.

[2] Cass. 15 oct. 1824, Bull. nº 146.

confiées à la surveillance des agents. Ce point, incontestable d'ailleurs, a été reconnu dans une espèce où des blés mis en séquestre avaient été enlevés en enfonçant le grenier qui les enfermait. Les auteurs de cette voie de fait avaient été poursuivis pour rébellion ; mais, sur leur pourvoi, la cour de cassation déclara leur poursuite mal fondée : « attendu que les articles 209 et suivants supposent des voies de fait et des violences envers la personne des officiers ministériels, et que dans l'espèce il n'en avait été commis que sur la propriété du séquestre et non sur sa personne [1]. »

815. Le troisième élément de la rébellion est clairement énoncé par l'article 299 : il faut que les violences soient exercées envers les agents de l'autorité, au moment où ils agissent *pour l'exécution des lois, des ordres ou ordonnances de l'autorité publique, des mandats de justice ou des jugements*. Ces expressions ont néanmoins donné lieu à plusieurs questions.

En premier lieu, lorsque la résistance ne se manifeste pas au moment de l'exécution, mais qu'elle surgit pendant ou après cette exécution pour en interrompre ou en faire cesser l'effet, l'article 209 doit-il s'y appliquer? Cette hypothèse avait été spécialement prévue par la loi du 22 floréal an II, qui déclarait les peines portées contre la rébellion par le code de 1791 communes *à quiconque emploiera, même après l'exécution des actes émanés de l'autorité publique, soit des violences, soit des voies de fait, pour interrompre cette exécution ou en faire cesser l'effet*. La question s'est élevée, depuis la promulgation du code pénal, de savoir si cette disposition était encore en vigueur ; mais un avis du conseil d'État, approuvé le 8 février 1812, a décidé qu'elle se trouvait virtuellement abrogée par l'article 484 du code pénal ; et les motifs de cette décision sont : « que cette loi rentre par son objet sous la rubrique *résistance, désobéissance et autres manquements envers l'autorité publique*, qui forme l'intitulé de la section 4 (liv. 3, tit. 1er, chap. 3) du code pénal, et que si elle ne se retrouve pas dans cette section,

[1] Cass. 30 octobre 1812, J. P. 10, 770.

qui règle véritablement et à fond toute la matière comprise dans la rubrique, et si elle n'y est pas remplacée par une disposition correspondante à ce qu'elle avait statué, c'est une preuve que le législateur a voulu l'abroger, et ne faire à l'avenir dériver du fait qu'elle avait caractérisé et qualifié de crime qu'une action purement civile. » Ainsi les termes de la loi ne doivent point être étendus au delà de leur sens propre ; ainsi ce n'est qu'à l'instant où les officiers agissent pour l'exécution des lois ou des ordres de l'autorité, que les actes de résistance prennent le caractère de la rébellion ; les troubles, les voies de fait même exercées postérieurement à cette exécution cesseraient d'assumer ce caractère ; et pour les punir, il faudrait rechercher si les violences ne forment pas un délit particulier et distinct, tel que les coups et blessures, le vol ou le pillage, les destructions d'édifices, l'opposition par voies de fait à la construction de travaux, etc.[1].

816. Une deuxième difficulté beaucoup plus grave, et depuis longtemps débattue, est de savoir si la résistance constitue encore un délit lorsqu'elle repousse l'exécution d'un acte irrégulier ou arbitraire. Cette question, qui touche aux considérations les plus élevées, et qui a fait naître au sein de la jurisprudence un dissentiment qui n'est point encore aplani, appelle de notre part quelque développement.

La cour de cassation a posé en principe que le délit est indépendant de la légalité de l'acte ; cependant ses arrêts n'offrent pas sur ce point un corps de doctrine complétement homogène et toujours invariable. Dans une première espèce, la cour de Toulouse avait jugé qu'il n'y avait pas de rébellion dans la résistance opposée à des gendarmes qui voulaient s'introduire dans une maison particulière pour arrêter un déserteur, parce que cette introduction était irrégulière. La cour de cassation, par arrêt du 16 avril 1812[2], rendu sous la présidence de M. Barris et sur les conclusions de M. Merlin, décida, en appréciant

[1] C'est dans ce sens qu'il faut concilier l'article 600 du code de procédure civile avec l'article 209 du code pénal.

[2] Bull. n° 93.

les faits, que la gendarmerie n'avait pas agi irrégulièrement, et que dès lors il avait été exercé sur elle des violences qui constituaient une rébellion armée, *dans un temps et dans un lieu où elle agissait légalement dans l'exercice de ses fonctions.* Il est évident que cet arrêt consacre implicitement la règle, posée par la cour de Toulouse, qu'il n'y a pas de rébellion contre la force armée lorsque celle-ci ne procède pas régulièrement; car le motif sur lequel il repose est que la force armée avait agi, dans l'espèce, légalement et dans l'exercice de ses fonctions.

Dans une deuxième espèce dont il importe de préciser avec soin les faits, un huissier, assisté de deux gendarmes, s'était rendu chez un particulier pour mettre à exécution un jugement rendu contre lui en matière civile, et portant contrainte par corps. La résistance que cette exécution éprouva donna lieu à une poursuite pour rébellion; mais la juridiction correctionnelle déclara que les faits de résistance ne constituaient aucun délit, parce que l'huissier, n'étant point accompagné du juge de paix, ne pouvait, aux termes de l'article 781, n° 5, du code de procédure civile, arrêter un citoyen dans sa maison. La cour de cassation infirma cette déclaration en disant : « que du défaut de cette formalité résultait bien en faveur de la partie une action pour faire déclarer la nullité de l'exécution par corps et demander des dommages-intérêts; mais que le défaut de ladite formalité, dont l'appréciation n'appartenait qu'au juge compétent, ne l'autorisait point à commettre des violences et voies de fait envers l'huissier; qu'en effet, d'après l'article 209, il y a crime ou délit de rébellion dans la résistance avec voies de fait et violences envers les officiers ministériels, par cela seul qu'étant porteurs de mandats de justice, ils agissent pour leur exécution; que cet article ne subordonne pas le crime ou délit au plus ou moins de régularité des formes avec lesquelles les officiers ministériels peuvent procéder, les particuliers n'ayant pas le droit de se constituer juges de ces formes pour refuser avec violences et voies de fait l'obéissance due à la loi et aux actes qui en émanent [1]. »

[1] Cass. 14 avr. 1820, Bull. p. 151.

Dans une troisième espèce parfaitement analogue à celle-ci, il s'agissait de la résistance opposée à l'exécution d'un ordre d'arrestation donné par le commissaire de police hors le cas de flagrant délit, et la cour de cassation posa également en règle : « que l'illégalité d'un acte ne peut en aucun cas autoriser un particulier à s'y opposer avec violences ou voies de fait ; que le système contraire, qui conduirait directement à autoriser chaque particulier à se constituer juge des actes émanés de l'autorité publique, serait subversif de tout ordre public, qu'il ne serait fondé sur aucune loi, et qu'il ne peut être admis [1]. »

Ces deux arrêts s'éloignent évidemment du système consacré par le premier : ils décident que l'irrégularité des formes, et même l'illégalité de l'ordre, n'excusent pas la rébellion contre la force publique ; mais toutefois, dans les espèces où ils sont intervenus, les officiers ministériels et les agents de la force armée étaient porteurs de mandats de justice ou de jugements, et agissaient en vertu des ordres émanés de l'autorité. Cette circonstance, qui peut justifier ces décisions, n'existe plus dans les arrêts qui vont suivre.

La cour de cassation établit une présomption de légalité en faveur des agents de la force publique : cette présomption les accompagne et les couvre, et toutes les attaques dont ils sont l'objet sont dès lors des actes de rébellion : « Il suffit, porte l'un de ses arrêts, que les agents de la force publique paraissent avec le caractère qui leur a été conféré par la loi et dans l'exercice des fonctions qui leur ont été déléguées, pour que toutes violences et voies de fait soient interdites à leur égard; un système contraire tendrait à convertir en efforts légitimes les excès de cette nature, serait subversif de tout ordre, et serait un outrage pour la loi elle-même [2]. » Un autre arrêt ajoute : « que la présomption légale est que les chefs et agents de la force armée pour le maintien des lois, les respectent et n'agissent que conformément à ces lois ; que si les chefs sont responsables de l'emploi illégal qu'ils

[1] Cass. 5 janv. 1821, Sir. 21. 1. 122.

[2] Cass. 15 juill. 1826, Bull. p. 399.

feraient de leur autorité, cette responsabilité ne saurait dispenser les citoyens de l'obéissance qui leur est due, et ne saurait autoriser, dans aucun cas, à résister avec violences et voies de fait à des mesures qui sont toujours supposées, jusqu'à preuve contraire, émanées d'une autorité légale et compétente [1]. » [[Enfin deux arrêts décident, d'une part, qu'un condamné, arrêté en vertu de la condamnation qui pèse sur lui, ne peut justifier sa résistance en contestant la légalité de son arrestation [2], et que le contrebandier qui a repoussé les préposés des douanes hors de son domicile, ne peut alléguer son inviolabilité lorsque ceux-ci avaient suivi, sans les perdre de vue, les objets introduits en fraude, et lorsque le terrain, lieu de la rébellion, n'était même pas clos [3].]] C'est à ces termes que se résume le dernier état de la jurisprudence de cette cour; la règle est absolue : quelle que soit l'illégalité de l'ordre, quel que soit l'abus du pouvoir, les citoyens doivent silencieusement obéir; ils n'ont pas le droit de discuter l'acte que la présomption de légalité environne; ils n'ont que le droit de réclamer après son exécution.

Cette doctrine n'a point obtenu l'assentiment des cours impériales : la cour d'Agen a déclaré que la résistance avec voies de fait à un détachement de troupes de ligne conduit par un chef, pour dissiper un rassemblement tumultueux, ne peut être considérée comme un délit de rébellion, lorsque ce détachement n'a pas été régulièrement requis par l'autorité civile [4]. La cour de Lyon a consacré le droit de résistance dans une espèce où un huissier et deux gendarmes voulaient procéder à l'exécution d'un jugement qui prononçait la contrainte par corps, dans le domicile du débiteur et sans l'assistance du juge de paix [5]. La cour de Riom et la cour de Nîmes ont jugé qu'il n'y a point de rébellion dans le fait de résistance à des gendarmes qui s'introdui-

[1] Cass. 3 sept. 1824, Dall. 1824, p. 403.
[2] Cass. 26 déc. 1839, Bull. n° 389; Dev. 40. 1. 547.
[3] Cass. 17 août 1849, Bull. n° 209.
[4] Arr. Agen, 5 mars 1823, J. P. 17, 1143.
[5] Arr. Lyon, 10 juin 1824, J. P. 18, 782.

saient la nuit dans le domicile d'un citoyen, ou qui, porteurs d'une ordonnance de prise de corps, ne l'exhibent pas au prévenu [1]. La cour de Limoges a déclaré que les gendarmes ne pouvant, sous aucun rapport, se permettre d'arrêter le prévenu d'une simple contravention de police et le conduire en prison, celui-ci avait eu le droit de résister à un tel acte d'oppression [2]. Enfin, la conr de Toulouse a déclaré que la résistance à des gendarmes qui s'étaient introduits la nuit dans la maison d'un conscrit pour l'arrêter, était légitime [3].

817. Au milieu de cette collision d'arrêts, il faut rechercher les principes de la matière et le véritable sens de l'art. 209. En premier lieu, il est remarquable que le droit de résister aux agents de la force publique, lorsqu'ils excèdent les limites de leurs pouvoirs, droit qui, suivant les termes de la cour de cassation, serait subversif de tout ordre public, remonte aux temps les plus éloignés. La loi romaine le consacrait en termes formels : *ut etiamsi officiales ausi fuerint à tenore data legis desistere, ipsis privatis resistentibus, à faciendâ injuriâ arceantur* [4]. Accurse étend cette règle jusqu'aux officiers du prince : *quod etiam principis officialibus resistetur si excedant in suo officio* [5]. Les docteurs enseignaient sans hésitation cette doctrine. Farinacius, après avoir posé en maxime l'obéissance aux ordres de justice, ajoute immédiatement une exception pour le cas où le juge ou ses officiers excèdent les limites de leurs fonctions : *nam tunc licitè et impunè illis resisti posse* [6]; et ce droit de résistance est même érigé en obligation, en devoir : *privatus non solùm impunè est resistere officiali, cùm aliquid facit contrà jura, imò quod punitur si non resistit* [7].

La raison de ce droit de résistance est indiquée par Grotius. L'usage

[1] Arr. Riom, 4 janvier 1827, et Nîmes, 21 nov. 1826, J. P. 20, 951.
[2] Arr. Limoges, 11 déc. 1826, J. P. 20, 1036.
[3] Arr. Toulouse, 23 fév. 1826, J. P. 20, 204.
[4] L. 5. Cod. do jure fisci.
[5] Glose sur la loi 5, C. de jure fisci.
[6] Farinacius, quæst. 32, n° 88.
[7] Farinacius, quæst. 131, n° 88.

de la force, suivant cet auteur, n'est injuste qu'autant qu'il donne atteinte au droit, mais il devient licite quand il ne fait que repousser une attaque injuste [1]. Or, l'agent, lorsqu'il procède contre son droit, lorsqu'il excède son pouvoir, n'est plus qu'un simple particulier dont il est permis de repousser les violences; son acte est un acte de force brutale auquel on peut opposer la force elle-même; car, suivant la réflexion de Cicéron, *quid est quod contrà vim, sine vi, fieri possit* [2] ? « On ne peut admettre, dit Barbeyrac sur Grotius, qu'un particulier se soit engagé ou ait dû s'engager nécessairement à souffrir tout de ses supérieurs, sans jamais opposer la force à la force. Si cela était, la condition de ceux qui entrent dans quelque société serait, sans contredit, plus malheureuse qu'auparavant, et rien ne les obligerait à se dépouiller de cette liberté matérielle dont chacun est si jaloux [3]. » C'est alors le cas d'appliquer l'axiome de la loi romaine : *Vim vi repellere licere* [4].

Cette doctrine était enseignée sous notre ancien droit : « Il y a quelques cas, dit Jousse, où il est permis à celui que l'on veut emprisonner de faire résistance; et cela a lieu principalement lorsque celui qui veut arrêter est sans caractère, ou lorsque ayant caractère, il n'a point les marques de son ministère, ou bien lorsqu'il est porteur d'un mandement ou décret d'un juge sans caractère, ou lorsqu'il a excédé son pouvoir ou qu'il n'a point observé les formes de justice. En effet, cette résistance est plutôt une défense légitime qu'une rébellion. Ainsi il est permis à celui qu'on veut arrêter injustement, non-seulement de résister, mais encore d'appeler ses amis et ses voisins à son secours pour l'aider à se défendre [5]. »

L'assemblée constituante, recueillant ce principe, ne punissait les violences et les voies de fait comme constitutives de la rébellion, qu'autant qu'elles étaient opposées à un dépositaire de la force publique

[1] De jure belli et pacis, t. 1, p. 69.
[2] Epist. ad. fam., 1, 2, ep. 3.
[3] Notes sur Grotius, t. 1, p. 171.
[4] L. 1, § 27, Dig. de vi et de vi armatâ.
[5] Traité des mat. crim., t. 4, p. 79.

agissant légalement dans l'ordre de ses fonctions ; et l'article 11 de la constitution du 24 mai 1793, développant la pensée du législateur de 1791, portait : « Tout acte exercé contre un homme, hors les cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique : celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force. » Cette disposition, trop absolue sans doute, a été reproduite dans plusieurs législations modernes. La loi brésilienne ne punit la rébellion que lorsqu'elle s'est opposée par la force à *l'exécution des ordres légaux des autorités compétentes* (art. 116). Le code de la Louisiane ne prévoit également le même délit que dans le seul cas où il entrave l'exécution légale d'un acte officiel (*the lawful execution of an official act*), et la loi ajoute que l'opposition ne constitue ni crime ni délit lorsqu'elle n'a eu pour but que d'empêcher l'exécution d'un acte illégal [1].

818. Essayons maintenant de poser les vrais principes de la matière ; et d'abord écartons une considération qui semble le principal appui du système de la cour de cassation. Est-il possible de croire que la théorie de la résistance, mise en vigueur pendant des siècles, proclamée par les lois anciennes, recueillie par les législations modernes, enseignée par les plus graves jurisconsultes, soit *subversive de tout ordre, soit un outrage pour la loi elle-même ?* Non, la société n'est pas mise en péril parce que la loi pose la limite de l'action du pouvoir, parce qu'elle cesse de le protéger quand il la dépasse et se livre à des actes arbitraires ; non, la loi n'est point outragée parce que les agents chargés de l'exécuter sont méconnus, quand ils méconnaissent eux-mêmes leur mission. Le péril serait de confondre l'abus et le droit, et de les couvrir de la même protection ; l'outrage, de donner la provision aux actes arbitraires sur la réclamation légale. Il faut poser la question avec clarté : il ne s'agit point d'établir ici le germe

[1] This offence is not comited by an opposition to any others than official acts, therefore the penalty is not incurred by opposing an officer of justice, when he attempts to do any act that is not authorizod by is legal powers, or to do an authorised act by illegal means. (Art. 157.)

d'un principe de résistance envers l'autorité ; si une telle interprétation peut être donnée à ces lignes, nous la désavouons à l'avance : l'agent cesse d'être le représentant de l'autorité au moment où il s'écarte de ses fonctions, car l'autorité, dans un gouvernement libre, c'est la loi, c'est le droit. Toute la question est donc de savoir si la loi doit le soutenir même dans les excès qu'il commet, doit l'avouer encore quand il en viole les préceptes. Or, si les solutions peuvent être diverses, du moins, il faut le reconnaître, l'ordre public n'est point sérieusement engagé dans cette question, car l'ordre n'est point intéressé à soutenir les abus des agents du pouvoir ; il se fonde sur la loi et non sur l'arbitraire.

Mais en cette matière toute règle absolue est inexacte. Le péril cesserait d'être illusoire, si le droit de résistance pouvait se puiser indistinctement dans toutes les illégalités qui peuvent entacher les actes des dépositaires de la force publique. Il est impossible, il serait puéril de retirer à ces agents la protection que la loi leur doit, dès qu'ils s'écartent, même à leur insu, du cercle légal dans lequel ils doivent se mouvoir. Lorsque l'huissier est porteur d'un titre, il n'est point appelé à en apprécier la régularité ; si ce titre est irrégulier, on ne peut le rendre responsable d'une faute qui n'est pas la sienne : le citoyen lui-même est incompétent pour prononcer sur les nullités qui peuvent entacher l'acte; il ne peut que se réserver de les faire valoir devant la justice. Attribuer à chaque partie le droit de discuter les actes qui sont exécutoires contre elle, ce serait priver l'officier public de toute la force que la loi lui a déléguée; les inquiétudes manifestées par la cour de cassation se trouveraient peut-être justifiées. Sans doute toute irrégularité dans l'exécution des lois et des actes de l'autorité est la privation d'une garantie; mais la résistance active est un moyen extrême qui ne peut être légitime que lorsqu'elle repousse une attaque flagrante contre le droit. « Il faut distinguer, dit Barbeyrac, entre les injustices douteuses ou supportables et les injustices manifestes et insupportables : on doit souffrir les premières, mais on n'est point obligé de souffrir les autres. » La difficulté est de poser la limite.

819. Le principe général est l'obéissance aux ordres des pouvoirs publics, la soumission aux actes des agents de la force publique. Toute résistance effective, toutes violences ou voies de fait opposées à ces agents sont donc réputées constituer un délit ; elles ne perdent ce caractère qu'en prouvant la cause d'excuse ou de justification. C'est donc avec raison que la cour de cassation a établi en principe que la présomption de légalité est en faveur des agents de l'autorité ; cette présomption favorable résulte de la nature même des choses, mais il faut prendre garde d'en forcer les conséquences.

Nous en déduirons d'abord, comme autant de corollaires, que toutes les fois que l'officier public agit dans l'exercice de ses fonctions, que toutes les fois qu'il est porteur d'un titre exécutoire, l'irrégularité qui vient à entacher soit ses opérations, soit le titre lui-même, ne peut constituer une excuse pour une résistance active ; car la provision est au titre, elle est à l'officier public agissant dans ses fonctions. Si l'irrégularité enlève au citoyen quelques-unes de ses garanties, il peut demander la réparation par les voies légales. L'officier agit irrégulièrement, mais il agit dans le cercle de sa compétence ; s'il lèse un droit, il en demeure responsable ; s'il ne l'attaque pas violemment, les voies de fait qui lui seraient opposées resteraient donc sans cause et sans excuse. Ainsi les arrêts des 14 avril 1820 et 5 janvier 1821, que nous avons cités plus haut, renfermés dans l'espèce à laquelle ils se sont appliqués, sont à l'abri de la critique ; car, dans l'une et dans l'autre espèce, les agents chargés de l'exécution procédaient dans les limites de leur compétence ; dans l'une et dans l'autre espèce, il y avait un titre exécutoire ; l'irrégularité de l'exécution dans un cas, et du titre dans l'autre, motivait donc des réserves de la part de la partie, et non une résistance effective.

820. Mais la présomption de légalité doit cesser de couvrir les actes de l'officier public quand il se rend coupable d'un excès de pouvoir, de la violation flagrante d'un droit. Tels seraient les cas où l'agent de la force publique voudrait, hors le cas de flagrant délit et sans mandat, effectuer une arrestation ; où un huissier prétendrait opérer une saisie sans justifier d'un jugement qui l'ait ordonnée ;

où un officier public tenterait de s'introduire, pendant la nuit, hors les cas prévus par la loi, dans le domicile d'un citoyen pour y procéder à une perquisition. Dans ces différents actes, l'agent ne saurait plus être protégé par sa fonction, car il agit en dehors de ses devoirs; il ne peut invoquer le titre en vertu duquel il procède, car il ne le représente pas, ou ce titre rencontre dans son exécution instantanée un obstacle légal. La présomption ne le défend donc plus, car l'illégalité est tellement flagrante, qu'elle prend les caractères d'un délit. Et ce délit ne constitue-t-il pas, par sa seule existence, une attaque violente contre des droits reconnus? Dès lors comment contester le droit de résister? Cette résistance n'est qu'une opposition de la force à la force, un acte de légitime défense; car l'acte que commet l'agent en dehors de ses fonctions, dès qu'il n'est plus l'exécution de la loi ou d'un ordre de l'autorité publique, n'est plus qu'un acte de force matérielle. Or, la résistance, légitime dans tous les autres cas, à l'égard de toutes autres personnes, changera-t-elle de nature à raison de la qualité de l'agent? Comment cette circonstance pourrait-elle modifier la responsabilité de l'auteur des voies de fait? S'il n'a fait que résister à une provocation injuste, à un acte arbitraire, comment la résistance deviendra-t-elle coupable par cela seul que l'acte était commis par un officier public?

Toutefois, et nous nous hâtons de le dire, l'injustice de l'acte ne servirait pas toujours d'excuse aux violences et aux voies de fait qui auraient été commises pour le repousser; un refus verbal, une résistance inerte et passive suffisent pour protéger le droit, tant que l'agent qui poursuit l'exécution d'un acte arbitraire se borne à en réclamer l'accomplissement. Ce n'est donc que lorsqu'il déploie la force que la force peut lui être opposée; et, dans ce cas même, la résistance doit se proportionner à l'intensité de l'attaque et n'employer que les moyens nécessaires pour en triompher; car la défense cesserait d'être légitime, et les violences d'être excusables, du moment où elles seraient inutiles pour la conservation du droit. Les auteurs de ces voies de fait pourraient être l'objet d'une poursuite, non plus pour une rébellion, car la rébellion suppose l'oppo-

sition à un acte de l'autorité publique, mais à raison des délits distincts qui résulteraient des excès et des violences commises sans nécessité.

Tels sont les termes où, suivant nous, cette grave question doit être ramenée et trouver une solution. La distinction que nous proposons nous semble concilier les intérêts divers qui se croisent dans cette matière; elle est une conséquence directe de la raison même de la loi répressive de la rébellion, puisque la rébellion ne peut se concevoir que lorsqu'elle est dirigée contre l'autorité publique; enfin elle rentre dans les termes de la loi pénale. En effet, l'article 209, en exigeant que la rébellion, pour être punie, saisisse l'officier public au moment où il agit pour l'exécution des lois, des ordres ou ordonnances de l'autorité publique, des mandats de justice ou des jugements, suppose évidemment deux conditions distinctes : la première, qu'il agisse dans l'exercice de ses fonctions, dans le cercle de sa compétence ; la deuxième, qu'il agisse pour l'exécution des lois ou des ordres qu'il a reçus, et par conséquent dans les limites de la mission qui lui a été donnée. Ce n'est donc que lorsqu'il exécute cette double condition, que la loi le suit et le protége dans l'exercice de son ministère ; ce n'est que dans ce cas que les voies de fait dont il est l'objet sont considérées comme une résistance opposée à la loi, à l'autorité publique elle-même. Cette interprétation, qui prend les termes de l'article 209 dans leur sens littéral et précis, les concilie en même temps avec les principes de la matière. Elle limite l'application de la peine au seul cas où l'autorité publique est méconnue dans la personne de l'agent; elle l'écarte, au contraire, quand cet agent substitue une autorité usurpée et arbitraire à l'autorité légale qu'il devait exercer, et quand la loi n'a plus en conséquence aucun intérêt à le faire respecter.

Est-il besoin d'ajouter que la seule absence des insignes distinctifs de la fonction ne pourrait, en général, justifier la résistance? Car le prévenu ne saurait puiser une cause de justification dans un simple défaut de forme d'où nulle lésion ne dérive réellement pour lui. Le principal effet que peut produire l'absence des insignes est de faire

naître en faveur du prévenu la présomption qu'il n'a pas connu la qualité de l'agent, et que les violences qu'il a pu commettre ne s'adressaient pas au représentant de l'autorité publique ; mais cette présomption peut être combattue par la preuve contraire, et, s'il est établi que cette qualité était connue de lui, la présomption de criminalité remplace la présomption favorable. Il ne reste plus alors qu'une sorte d'excuse ou de circonstance atténuante qui se fonde sur ce que les signes extérieurs de l'autorité commandent toujours plus de retenue et de respect, et que dès lors l'absence de ces signes, en privant l'autorité d'une partie de sa force morale, semble enlever au délinquant une partie de sa culpabilité.

821. Nous avons développé jusqu'ici les circonstances caractéristiques de la rébellion, les éléments du délit ; nous allons examiner maintenant le système de pénalité que le code pénal a adopté.

Ce système se fonde sur deux bases différentes, les circonstances extérieures de la rébellion, et ses résultats matériels ; mais ces deux bases ne sont point combinées l'une avec l'autre, et forment deux systèmes distincts. Considérée d'abord dans ses seules circonstances, et abstraction faite de ses résultats, la rébellion puise sa qualification et l'aggravation de ses peines dans deux faits : le nombre des coupables, et les armes dont ils étaient porteurs. Si la rébellion a été commise par une ou deux personnes seulement et sans armes, elle ne constitue qu'un simple délit, et la peine est un emprisonnement de six jours à six mois ; si elle a été commise par ces deux personnes avec armes, ou par une réunion de trois jusqu'à vingt personnes sans armes, la rébellion est encore un simple délit, et la peine est un emprisonnement de six mois à deux ans ; elle prend le caractère du crime, et la peine est la reclusion, lorsqu'elle a été commise par une réunion armée de trois personnes ou plus jusqu'à vingt inclusivement, ou par une réunion même de plus de vingt personnes, mais sans armes ; enfin, la peine s'élève aux travaux forcés à temps, lorsque la réunion est composée de plus de vingt personnes armées. Reprenons chaque terme de cette gradation.

L'article 212 est ainsi conçu : « Si la rébellion n'a été commise

que par une ou deux personnes avec armes, elle sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et, si elle a eu lieu sans armes, d'un emprisonnement de six jours à six mois. » Nous avons expliqué précédemment (nos 405 et suivants) ce qu'il faut entendre par l'expression d'*armes*, et dans quels cas les bâtons et les pierres, notamment, doivent être considérés comme des armes. Il nous reste à examiner dans quelles circonstances une réunion de personnes doit être réputée armée.

822. L'article 211 porte : « Si la rébellion a été commise par une réunion armée de trois personnes ou plus jusqu'à vingt inclusivement, la peine sera la reclusion ; s'il n'y a pas eu port d'armes, la peine sera un emprisonnement de six mois au moins et de deux ans au plus. » L'article 214 définit la réunion armée : « Toute réunion d'individus pour un crime ou un délit est réputée *réunion armée*, lorsque plus de deux personnes portent des armes ostensibles. » Cet article porte une disposition générale qui s'applique aux divers cas prévus par les articles précédents ; il se combine donc nécessairement avec les articles 210 et 211 [1], et dès lors la réunion prévue par ces articles a le caractère de réunion armée, toutes les fois que trois personnes au moins portent des armes ostensibles. [[C'est ce qui résulte d'un arrêt portant « que de la combinaison des art. 209, 210, 211, 212, 213 et 214, il suit que ce dernier article est une disposition générale qui tend à donner le caractère légal de réunion armée à toute réunion composée de plusieurs individus dans laquelle plus de deux personnes seraient porteurs d'armes apparentes, sauf à graduer la peine, selon les art. 210 et 211, suivant que les faits de rébellion prévus par ces articles auraient été commis par le nombre de personnes fixé par ces mêmes articles [2]. »]]

Toutefois, dans ce cas, les pierres ne seraient pas réputées des armes ; car, d'après la théorie que nous avons exposée précédemment, les pierres ne prennent la qualification d'armes que dans l'u-

[1] Cass. 8 nov. 1832, Journ. du dr. crim. 1833, p. 120.

[2] Cass. 14 déc. 1850, Bull. no 421.

sage qui en est fait : des personnes simplement munies de pierres ne sont donc pas considérées comme armées; mais la réunion serait réputée armée, si plus de deux personnes avaient fait usage de ces pierres contre les agents de l'autorité. Au reste, il ne faut pas perdre de vue que deux conditions sont exigées pour qu'il y ait *réunion armée*, dans le sens légal de ce mot : il faut que trois personnes au moins portent des armes, et que ces armes soient ostensibles. La loi a pensé que les individus non armés, en se plaçant sous la protection ou la bannière de ceux qui portaient ouvertement des armes, se sont associés à l'intention criminelle qui animait ceux-ci, et se sont dès lors rendus complices de leurs violences. Il est donc nécessaire que les armes aient pu être aperçues de tous les membres de la réunion; la présence des membres non armés, après qu'ils ont connu cette circonstance, est un acquiescement présumé à ce qu'il en soit fait usage.

Si les armes sont restées cachées, si elles n'ont pas été aperçues des personnes qui faisaient partie de la réunion, ces personnes ne peuvent plus être responsables de cette circonstance, et les porteurs des armes sont seuls passibles d'une aggravation de peine. Telle est la décision de l'article 215, portant : « Les personnes qui se trouveraient munies d'armes cachées, et qui auraient fait partie d'une troupe ou réunion non réputée armée, seront individuellement punies comme si elles avaient fait partie d'une troupe ou réunion armée. » Les armes sont réputées *cachées* toutes les fois qu'elles ne sont pas portées ostensiblement; mais il ne suffit pas que les prévenus se soient munis momentanément de ces armes, il faut qu'ils en aient été trouvés porteurs : tel est le sens littéral de l'article, et il n'est pas permis d'en étendre le texte.

L'article 214 ne répute la réunion armée que lorsque trois personnes au moins portent des armes ostensibles, et l'article 215 ne punit individuellement ceux qui étant armés font partie d'une réunion non réputée armée, que dans le cas où ces individus se trouvent munis d'armes cachées; il suit de là que si un seul ou deux individus, dans une réunion non armée, ont porté des armes osten-

sibles, ils échapperont à toute aggravation de la peine, puisque, d'une part, ils n'ont point communiqué à la réunion dont ils ont fait partie le caractère de réunion armée, et que, d'un autre côté, ils ont porté des armes ostensibles et non des armes cachées. Objectera-t-on qu'ils doivent, à plus forte raison, être rangés dans la catégorie des personnes trouvées munies d'armes cachées? Mais en matière pénale, et ce n'est pas la première fois que nous répétons cette règle fondamentale (voy. *suprà*, n° 20), toute analogie d'un cas à un autre est formellement interdite. Nous signalons une lacune jusqu'à présent inaperçue; ce n'est point à l'interprétation doctrinale qu'il appartient de la remplir.

823. Si la rébellion est commise par plus de vingt personnes, les peines dont elle devient passible sont prévues par l'article 210, qui est ainsi conçu : « Si elle a été commise par plus de vingt personnes armées, les coupables seront punis des travaux forcés à temps; et s'il n'y a pas eu port d'armes, ils seront punis de la reclusion. » Il n'est pas inutile de rappeler que, lors de la discussion du code, la peine portée dans cette seconde hypothèse fut considérée comme trop élevée par le corps législatif : « L'exposé d'un cas fréquent, disait la commission de ce corps, justifiera une modification dans la peine. Un huissier va exécuter une contrainte par corps contre un père de famille dans un village, ou déplacer des meubles saisis; la femme et les enfants s'exaspèrent, se livrent à des injures : l'huissier veut exécuter son mandat par la force; on cherche à lui arracher l'individu qu'il entraîne; les parents, les voisins s'assemblent au bruit, ils empêchent l'exécution. Voilà un attroupement de plus de vingt personnes; mais il n'est point médité, les attroupés sont sans armes : leur infligera-t-on une peine afflictive et infamante? ne seront-ils pas assez punis par un emprisonnement? On sent que des attroupements de ce genre seront plus fréquents que les autres; qu'ils sont punissables, mais non d'une nature à entraîner la reclusion d'un grand nombre de personnes. La commission pense qu'un emprisonnement qui peut s'élever jusqu'à cinq ans serait une punition suffisante dans le second cas de l'article. » Le conseil d'Etat

repoussa l'amendement, en se fondant sur ce que la loi doit une protection signalée aux agents qui exécutent les ordres de la justice; que la série des peines que l'article établit est sagement combinée; enfin, que la rébellion commise directement par plus de vingt personnes ne peut pas être un délit léger. L'admission du système des circonstances atténuantes permet aujourd'hui de mettre plus de proportion entre la peine et le délit, en effaçant ce qu'elle peut avoir de trop rigoureux dans certains cas.

La loi ne se sert plus, dans l'article 210, des mots de *réunion armée*, parce que dans l'esprit du code le rassemblement de plus de vingt personnes n'est plus une réunion, mais un attroupement. Cette distinction se trouve établie dans les observations adressées par le corps législatif au conseil d'Etat sur la rédaction du code : « L'attroupement suppose un nombre d'individus rassemblés en troupe ou masse dont le nombre de trois semble exclure l'idée. La commission croit qu'il conviendrait d'adopter le mot *réunion armée* lorsque le nombre des personnes réunies n'excéderait pas dix-neuf, en laissant subsister la même peine : il s'ensuivrait que, dès que la réunion serait de vingt, elle constituerait un attroupement. » Le conseil d'Etat consacra cette distinction, et la rédaction des articles du code en offre la preuve. Il en résulte une dérogation à l'article 1er de la loi du 3 août 1791, qui réputait attroupement tout rassemblement de plus de quinze personnes.

824. Il ne faut pas confondre, au surplus, l'attroupement prévu par les articles 210 et 213 avec les attroupements qui ont fait l'objet des lois des 2 octobre 1789, 3 août 1791, 10 avril 1831, 7 juin 1848 et 25 février 1852. Ces lois, essentiellement politiques, ont eu pour but un autre ordre de faits et de circonstances. Ainsi l'attroupement, dans le système du code, n'est punissable qu'autant qu'il se rend coupable d'attaque ou de résistance avec violences ou voies de fait envers des agents de l'autorité publique. La loi du 2 octobre 1789 exigeait seulement, au contraire, pour l'application de ses dispositions, *que la tranquillité fût mise en péril;* la loi du 3 août 1791 ne s'occupait que des attroupements *séditieux;* enfin

la loi du 10 avril 1831 a créé un délit nouveau, la simple désobéissance, le refus de se séparer d'un attroupement, quelque inoffensif qu'il ait été, et alors même qu'on n'y aurait proféré ni cris ni menaces contre les personnes ou les propriétés : le délit, dans l'esprit de cette nouvelle loi, c'est l'attroupement sur la voie publique, persistant malgré la voix des magistrats, délit qui s'aggrave suivant le degré de la persistance ; elle fait abstraction complète du but plus ou moins coupable de l'attroupement ; elle ne voit qu'un fait matériel menaçant la tranquillité publique, et elle le punit dès qu'il persiste à se manifester.

Lorsque, dans les articles 210, 211 et 212, il est question de port d'armes, il doit être bien entendu qu'il s'agit d'armes *ostensibles*; car, aux termes de l'article 214, les armes portées ostensiblement peuvent seules communiquer à la réunion le caractère d'une réunion armée, et l'article 215 suppose formellement que la réunion où se trouvent des personnes munies d'armes cachées n'est pas une réunion armée.

825. Aux peines corporelles qui punissent la rébellion, l'art. 218 a ajouté dans certains cas une peine pécuniaire; cet article porte : « Dans tous les cas où il sera prononcé pour fait de rébellion une simple peine d'emprisonnement, les coupables pourront être condamnés en outre à une amende de 16 à 200 francs. » Pour que cette peine accessoire soit prononcée, il faut donc qu'il y ait d'abord application de la peine principale d'emprisonnement ; mais alors même l'amende n'est que facultative ; il appartient aux juges d'apprécier les cas où elle peut être en rapport avec la nature du délit et la position du délinquant.

Une autre peine accessoire est également prononcée, mais dans des cas plus restreints encore, par l'article 221, qui est ainsi conçu : « Les chefs d'une rébellion et ceux qui l'auront provoquée pourront être condamnés à rester, après l'expiration de leur peine, sous la surveillance spéciale de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. » Cette peine est encore facultative ; elle ne s'applique qu'aux chefs de la rébellion, et seulement quand ils ont en-

couru une peine correctionnelle, car autrement la surveillance est de droit. Il faut que la qualité de chef de la rébellion soit formellement déclarée par le jugement, et il est évident que cette qualité ne peut exister qu'autant que les rebelles étaient liés entre eux par une certaine organisation ; car on ne doit pas confondre le chef et le provocateur, la loi les a formellement séparés ; nous reviendrons tout à l'heure sur ce dernier.

826. Enfin, les pénalités des articles 210, 211 et 212 se trouvent modifiées implicitement par la disposition de l'article 213, qui couvre d'un voile d'indulgence les rebelles les plus obscurs et les moins coupables. Cet article est ainsi conçu : « En cas de rébellion avec bande et attroupement, l'article 100 du présent code sera applicable aux rebelles sans fonctions ni emplois dans la bande, qui se seront retirés au premier avertissement de l'autorité publique, ou même depuis, s'ils n'ont été saisis que hors du lieu de la rébellion, et sans nouvelle résistance et sans armes. » Nous avons précédemment expliqué d'une manière complète le système de l'article 100 (*voy.* n°s 400, 401 et 402) ; il suffira donc de rappeler ici que l'exemption de peine formulée par l'article 213 ne doit avoir que les effets d'une excuse ; que cette excuse ne peut être prouvée que par les débats, et ne s'oppose point par conséquent à la poursuite ; enfin, que les conditions de son admission sont au nombre de deux, qui sont que les individus qui ont fait partie de la bande se soient retirés après l'avertissement de l'autorité publique, et qu'ils aient été saisis hors du lieu de la rébellion et sans nouvelle résistance. Mais il importe de remarquer, cependant, que cette disposition n'est applicable qu'aux cas de rébellion avec bande ou attroupement, et qu'aux seuls rebelles qui n'ont exercé ni fonctions ni emplois dans la bande ; de là il suit que le législateur n'a eu en vue que les réunions de plus de vingt personnes, qui peuvent être soumises à une sorte d'organisation, puisqu'il les qualifie, non plus de simples réunions, mais de bande ou d'attroupement, et qu'il y suppose des fonctions et des emplois. Enfin l'article 213, de même que l'article 100 auquel il se réfère, n'excuse le prévenu que pour le fait de rébellion avec vio-

lences ou voies de fait ; il reste passible des crimes particuliers qu'il a personnellement commis à l'occasion de la rébellion.

827. Tel est l'ensemble des pénalités qui frappent la rébellion en prenant leur base dans les circonstances intrinsèques du délit, abstraction faite de ses résultats. La loi fait ensuite succéder à ces peines un deuxième système de répression, qui, négligeant les circonstances plus ou moins graves de la rébellion, s'en prend aux résultats eux-mêmes et gradue la peine à raison de leur gravité. L'article 216 est ainsi conçu : « Les auteurs des crimes et délits commis pendant le cours et à l'occasion d'une rébellion seront punis des peines prononcées contre chacun de ces crimes, si elles sont plus fortes que celles de la rébellion. » Le but de cette disposition est de ne point confondre dans la classe des faits de rébellion les crimes qui auraient pu être commis à l'occasion de la rébellion : ces crimes ne perdent point leur gravité intrinsèque, par la raison qu'ils ont été commis dans le cours de cette rébellion : l'attaque ou la résistance envers l'autorité publique n'est pas une excuse ; elle ne modifie nullement, dans le système du code, le caractère des actes qu'elle fait commettre. Ces actes demeurent donc avec leur caractère commun et les peines qui leur sont propres, et, lorsque ces peines sont plus fortes que celles dont la rébellion est passible, elles sont substituées à celles-ci. Une deuxième conséquence de l'article a donc été de réserver l'application de la règle qui veut que, dans le concours de plusieurs délits, la peine la plus forte soit seule prononcée ; mais cette règle domine toutes les dispositions du code, et dès lors cette sorte de réserve peut paraître superflue.

Ce qu'il importe de remarquer, c'est que l'article 216 ne punit que *les auteurs* des crimes et délits commis pendant le cours et à l'occasion de la rébellion. De là il suit que la responsabilité de ces excès n'atteint point les autres individus qui faisaient partie des réunions, bandes et attroupements : le fait de la rébellion est seul imputable à ceux-ci ; et ce n'est que lorsqu'ils ont pris une part matérielle à l'exécution des crimes distincts et plus graves commis par quelques personnes de la réunion, qu'ils peuvent être poursuivis

comme complices : le crime cesse d'être collectif, c'est-à-dire l'œuvre d'une réunion ; la loi cherche dans cette réunion les auteurs immédiats, et elle les punit individuellement.

828. Il nous reste, pour compléter cette matière, à parler des réunions qui sont assimilées aux réunions de rebelles, et des provocations à la rébellion.

L'article 219 porte : « Seront punies comme réunions de rebelles celles qui auront été formées avec ou sans armes, et accompagnées de violences ou de menaces contre l'autorité administrative, les officiers et les agents de police, ou contre la force publique : 1° par les ouvriers ou journaliers dans les ateliers publics ou manufactures ; 2° par les individus admis dans les hospices ; 3° par les prisonniers, prévenus, accusés ou condamnés. »

Il ne faut pas confondre la rébellion que cet article punit avec les actes d'insubordination des ouvriers envers les maîtres, avec le délit de coalition des ouvriers, enfin avec les menaces et injures des prisonniers : ces faits divers ont été l'objet d'autres dispositions pénales [1]. Les réunions dont il s'agit dans cet article participent des caractères généraux de la rébellion, bien que ces caractères soient modifiés sous quelques rapports. Ainsi, dans les cas spéciaux dont il s'agit, il n'est pas nécessaire que l'attaque ou la résistance soit toujours accompagnée de violences; il suffit qu'elle soit commise avec de simples menaces ; il suffit encore que les menaces soient dirigées contre l'autorité administrative, les officiers et les agents de police, ou contre la force publique; enfin, il ne s'agit plus seulement des entraves apportées à la mise à exécution des ordres de l'autorité publique ; les réunions prennent le caractère de la rébellion par cela seul qu'elles exercent des violences ou expriment des menaces envers certains agents, et lors même que ces agents ne seraient point troublés par ces menaces et ces violences dans l'exécution d'un acte de leurs fonctions.

[1] *Voy.* art. 415 cod. pén., 614 cod. inst. crim.; l. 25 juill. 1791, t. 2, art. 25.

Le projet du code pénal comprenait dans une quatrième classe *les élèves ou étudiants admis dans les écoles publiques ou privées, s'ils ont plus de seize ans.* Cette disposition, qui plaçait ainsi hors du droit commun ces jeunes gens, et les soumettait à une répression plus facile, fut combattue par la commission du corps législatif : « Les réunions répréhensibles de ces jeunes gens, porte le rapport de cette commission, sont ordinairement l'effet de l'effervescence de leur âge, de l'étourderie, et elles ne peuvent être généralement assimilées à celles des autres individus compris dans cet article. En les y enveloppant, ces jeunes gens pourraient encourir, en certains cas, des peines afflictives ou infamantes; et pour l'erreur ou la fougue d'un instant, des sujets bons jusque-là, d'une heureuse espérance, se trouveraient à jamais perdus dans les bagnes, les maisons de correction ou les prisons. » La commission demandait que la peine fût réduite en leur faveur à six jours d'emprisonnement au moins et six mois au plus. Le conseil d'État, en admettant les motifs du corps législatif, n'admit pas sa conclusion ; il préféra effacer la disposition additionnelle, et laisser les élèves sous l'empire du droit commun [1].

[[Enfin l'article 25 de la loi du 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer, porte : « Toute attaque, toute résistance avec violences et voies de fait envers les agents des chemins de fer, sera punie des peines appliquées à la rébellion, suivant les distinctions faites par le code pénal. » L'article 26 ajoute que l'article 463 est applicable aux condamnations prononcées en exécution de cette loi.]]

829. Le code pénal a porté sa prévoyance sur le mode d'exécution des peines portées par l'article 219, en cas de rébellion de la part des prisonniers. L'article 220 est ainsi conçu : « La peine appliquée pour rébellion à des prisonniers, prévenus, accusés ou condamnés relativement à d'autres crimes ou délits, sera par eux subie, savoir : par ceux qui, à raison des crimes ou délits qui ont causé leur détention, sont ou seraient condamnés à une peine non capitale ni perpétuelle, immédiatement après l'expiration de cette peine; et par les autres, immédiatement après l'arrêt ou jugement en dernier

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 9 janv. 1810.

ressort qui les aura acquittés ou renvoyés absous du fait pour lequel ils étaient détenus. » L'unique objet de cette disposition a été de formuler une exception à la règle générale qui veut que, par la peine la plus forte qui lui soit applicable, le coupable expie tous les délits qu'il a pu commettre avant une première condamnation : la peine qu'il a encourue à raison de sa rébellion dans la prison n'est point absorbée par l'exécution d'une peine plus grave; il doit l'exécuter après celle-ci. A l'égard des détenus qui sont acquittés ou absous de la prévention principale qui motive leur détention, la peine qu'ils ont encourue à raison de leur rébellion ne commence à courir que du jour où le jugement qui les a acquittés a été rendu en dernier ressort, et par conséquent la durée de l'emprisonnement pendant la procédure qui a précédé le jugement ne peut être imputée sur la durée de cette peine. Dans l'un et l'autre cas, la pensée du législateur a été de rendre le sort du détenu plus dur et plus rigoureux que le droit commun ne l'avait fait.

Mais, sous un certain rapport, le texte de l'article 219 n'a pas fidèlement rendu la pensée du législateur. En effet, il en résulte que si la peine encourue pour rébellion est une peine afflictive ou infamante, et que la peine que le premier délit a motivée ne soit qu'une peine correctionnelle, cette dernière peine devra être subie la première; or, ce mode d'exécution, contraire à l'intention qui a dicté l'article, serait également repoussé par le principe qui veut que la peine la plus grave soit toujours subie la première. Il serait étrange, en effet, que le condamné frappé de la dégradation civique, qui est nécessairement attachée aux peines afflictives, fût maintenu, pendant tout le temps de l'emprisonnement, dans la jouissance de ses droits civiques, et qu'il n'en fût privé qu'à l'expiration de cette première peine. Il nous semble donc, et telle est aussi l'opinion de M. Carnot, que l'article doit être restreint au seul cas où la première peine est d'une nature plus grave que celle qui aura été encourue pour le fait de la rébellion. C'est aussi le cas qui se présentera le plus fréquemment; il est donc permis de penser que c'est le seul qui se soit offert à l'esprit du législateur.

830. Nous avons terminé l'examen des éléments caractéristiques

de la rébellion et des pénalités qui lui sont appliquées suivant ses circonstances diverses et les degrés de sa gravité. Il nous reste à nous occuper d'un délit que le code avait confondu dans ses dispositions et qu'une loi spéciale en a distrait, de la provocation publique à la rébellion. L'article 217, abrogé par l'article 26 de la loi du 17 mai 1819, était ainsi conçu : « Sera puni comme coupable de la rébellion quiconque y aura provoqué, soit par des discours tenus dans des lieux ou réunions publics, soit par placards affichés, soit par écrits imprimés. Dans le cas où la rébellion n'aurait pas eu lieu, le provocateur sera puni d'un emprisonnement de six jours au moins et d'un an au plus. » Cette disposition a été remplacée par les articles 1, 2 et 3 de la loi du 17 mai 1819 : l'article 1er répute complice et punit comme tel quiconque, soit par des discours, des cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés, des dessins, des gravures, des peintures ou emblèmes vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards et affiches exposés aux regards du public, aura provoqué l'auteur ou les auteurs de toute action qualifiée crime ou délit à la commettre. Les articles 2 et 3 distinguent ensuite, comme l'avait fait le code pénal, le cas où la provocation n'a été suivie d'aucun effet, et ils la punissent d'un emprisonnement et d'une amende qui se graduent depuis le minimum le plus faible (trois jours d'emprisonnement et 30 fr. d'amende) jusqu'au maximum des peines correctionnelles (5 ans d'emprisonnement et 6,000 francs d'amende), suivant que le fait objet de la provocation est qualifié délit ou crime par la loi, suivant le péril de cette provocation et les circonstances où elle est intervenue. Il suit de là que le principe et la distinction du code pénal ont été maintenus, et que les peines seules ont été aggravées. [[Il faut toutefois prendre garde : 1° que, à côté de cette espèce de provocation, la loi a laissé subsister tous les autres modes de complicité prévus par l'art. 60 du code pénal [1]; 2° que l'excuse, qui fait l'objet de l'ar-

[1] Cass. 14 déc. 1850, Bull. n° 421.

ticle 215, est une exception toute personnelle aux accusés de rébellion, et ne saurait s'étendre à ceux qui ont provoqué à ce crime [1].]]

L'article 221 déclare passibles de la surveillance *ceux qui ont provoqué* la rébellion. Cette disposition pourrait-elle être encore appliquée? On peut dire, pour l'affirmative, que l'article 221 n'est point compris dans l'abrogation prononcée par la loi du 17 mai 1819. Mais il nous semble évident que cette peine accessoire ne saurait subsister quand la peine principale à laquelle elle se rattachait a été effacée du code. La loi du 17 mai 1819 a complétement réglé la matière des provocations; c'est à cette loi qu'il faut se référer : et la disposition partielle du code, qui a pu échapper à l'attention du législateur, ne saurait être combinée avec la loi nouvelle, pour aggraver le sort du prévenu; cette disposition doit être considérée comme comprise dans l'abrogation de l'article 217.

[1] Cass. 4 janv. 1851, Bull nº 9.

CHAPITRE XXXIV.

OUTRAGES ET VIOLENCES ENVERS LES DÉPOSITAIRES DE L'AUTORITÉ ET DE LA FORCE PUBLIQUE.

(*Commentaire des art.* 222 *à* 233 *du C. pén.*)

831. Caractère général de cette incrimination.
832. Dispositions de la loi romaine et de notre ancien droit sur cette matière.
833. Législation de 1791.
834. Restriction de ces dispositions diverses au seul cas où le fonctionnaire a reçu l'outrage dans ses fonctions.
835. Système de notre code.
836. Dans quels cas l'outrage est commis dans les fonctions ou à raison des fonctions.
837. Division de ce chapitre.

§ Ier. — *Des outrages par paroles et par gestes ou menaces.*

838. Outrage par paroles : éléments du délit (art. 222).
839. Ce qu'il faut entendre par magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire.
840. Il faut que l'outrage soit commis dans les fonctions ou à l'occasion de leur exercice, mais non publiquement.
841. Si l'outrage par écrit peut être assimilé à l'outrage par paroles.
842. Si l'outrage doit être commis en présence du magistrat outragé.
843. L'outrage doit être de nature à inculper l'honneur ou la délicatesse du magistrat.
844. Modifications apportées aux articles 222 et 223 par les lois des 17 mai 1819 et 25 mars 1822.
845. Dans quels cas l'outrage prend le caractère de la diffamation.
846. De l'outrage commis à l'audience.
847. Si le délit existe lorsque le juge n'a pas entendu les paroles outrageantes.
848. Atténuation de la peine, si le fonctionnaire outragé est un officier ministériel ou un agent de la force publique.
849. Si la fausse dénonciation d'un crime imaginaire peut constituer un outrage.
850. Quelles personnes sont comprises sous la dénomination d'officiers ministériels et d'agents de la force publique (art. 224).
851. Ce qu'il faut entendre par commandants de la force publique dans l'article 225.

§ II. — *Des violences commises envers les fonctionnaires publics.*

---

831. Après le crime de rébellion, le code s'occupe des outrages et violences envers les dépositaires de l'autorité et de la force publique. Il ne s'agit plus d'une lutte contre l'autorité publique, il s'agit de l'atteinte portée à la considération et à la dignité des magistrats et des officiers qui en sont les dépositaires; il s'agit des violences dont ils peuvent être l'objet comme magistrats, comme fonctionnaires. Mais c'est encore une attaque, quoique indirecte et détournée, contre l'autorité elle-même; car ce n'est pas seulement la personne du fonctionnaire, c'est la dignité, c'est la fonction publique dont il est revêtu qu'elle atteint et qu'elle outrage. C'est aussi cette fonction, ainsi que nous allons l'expliquer, que la loi a eu pour but de faire

respecter dans la personne du fonctionnaire offensé, et qui fait l'objet principal de sa sollicitude.

L'injure et les voies de fait constituent par elles-mêmes des délits plus ou moins graves, quelles que soient les personnes contre lesquelles elles sont dirigées. La loi s'est donc bornée, dans la matière qui fait l'objet de ce chapitre, à dégager et à établir une circonstance de ces deux délits : cette circonstance est la qualité de fonctionnaire de la personne injuriée. « Il ne sera question, porte l'exposé des motifs, que des seuls outrages qui compromettent la paix publique, c'est-à-dire de ceux dirigés contre les fonctionnaires ou agents publics, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions : dans ce cas, ce n'est pas seulement un particulier, c'est l'ordre public qui est blessé; et dans un grand intérêt les peines peuvent changer de classe et de nature, parce que le délit en a changé lui-même, et que l'outrage dirigé contre l'homme de la loi dans l'exercice de ses fonctions ou de son ministère, quoique conçu dans les mêmes paroles ou accompagné des mêmes gestes, est beaucoup plus grave que s'il était dirigé contre un simple citoyen. »

832. Le principe de cette aggravation a été emprunté à la loi romaine. L'injure, dans cette législation, soit qu'elle fût *verbale* ou *réelle*, c'est-à-dire, soit qu'elle se manifestât par des paroles ou des voies de fait [1], puisait une gravité plus intense dans la condition de la personne injuriée : *Atrocem injuriam aut personâ, aut tempore, aut re ipsâ fieri Labeo ait* [2]; et la loi applique immédiatement à l'injure faite aux magistrats cette aggravation du délit : *Personâ atrocior injuria fit, cui cum magistratui fiat.* De là cette règle que pose Farinacius : *Injuria illata magistratui dicitur atrox* [3]; et la raison de cette aggravation est, suivant Menochius, que l'injure remontait alors jusqu'au prince lui-même : *quod injuria illata magis-*

[1] Injuriam fieri Labeo ait aut re aut verbis : re, quoties manus inferuntur; verbis autem, quoties non manus inferuntur, convicium fit. L. 1, § 1, Dig. de injuriis.

[2] L. 7, § 3, *ibid.*

[3] De variis et div. quæst., quæst. 105, nos 197 et 198.

tratui censetur illata ipsi principi [1]. Néanmoins, la peine plus forte que semblait motiver cette circonstance n'était point déterminée expressément par la loi : la peine de l'injure était extraordinaire, c'est-à-dire que le juge pouvait la graduer suivant les circonstances : ***De injuriâ nunc extrà ordinem ex causâ et personâ statui solet*** [2]. Les peines ordinaires étaient les verges, l'interdiction de certains droits et l'exil : ***Servi quidem flagellis cæsi dominis restituuntur; liberi verò humilioris quidem loci furtibus subjiciuntur. Cæteri autem vel exilio temporali vel interdictione certæ rei coercentur*** [3]. Cependant la loi a pris soin d'aggraver elle-même la peine dans deux hypothèses différentes : c'est lorsque l'injure avait été commise dans un libelle [4], ou lorsque les violences avaient mis la vie du magistrat en péril [5]; la peine capitale était prononcée dans ces deux cas.

Notre ancienne législation était à peu près muette sur les délits d'injures; mais la jurisprudence avait fidèlement adopté les règles et les distinctions de la loi romaine, et les appliquait ***non ratione imperii, sed rationis imperio.*** La qualité de fonctionnaire dans la personne injuriée était donc une raison d'aggravation du délit. « Les injures faites aux juges, magistrats et autres officiers de la justice dans leurs fonctions, dit un ancien criminaliste, sont des injures très-graves : le magistrat doit être sacré et inviolable dans ses fonctions, parce qu'il représente la personne du prince, et par conséquent c'est une espèce de crime de lèse-majesté d'attenter à sa personne [6]. » La peine était arbitraire, et variait suivant la gravité de l'injure : les juges prononçaient dans les cas ordinaires le blâme, l'interdiction à

[1] De arbitr. quæst. l. 2, cas. 262.

[2] L. 45, Dig. de injuriis.

[3] Qu'elle était cette dernière peine? quelles choses faisaient l'objet et la matière de cette interdiction? Accurse l'explique par un exemple : elle donnait, dit-il, le droit d'interdire au coupable l'exercice de sa profession, *quâ interdicatur fortè ei ars sua.* (Glos. in leg. 45, Dig. de injuriis.)

[4] L. 1, C. de famosis libellis.

[5] L. 1, Dig. ad leg. Jul. majest.

[6] Jousse, Traité des mat. crim. t. 3, p. 601 et 602.

perpétuité de certains lieux, l'amende honorable, le bannissement et les galères [1]; mais la peine pouvait même s'élever jusqu'à la mort, ainsi que le témoignent, dans cette espèce même, les anciennes ordonnances : « Défendons, sous peine de la vie, à nos sujets de quelque qualité qu'ils soient, d'excéder ou outrager aucuns de nos magistrats, officiers, huissiers, ou sergents, faisant, exerçant ou exécutant acte de justice; voulons que les coupables de tels crimes soient rigoureusement châtiés, sans espoir de miséricorde, comme ayant directement attenté à notre autorité et puissance [2]. »

833. L'assemblée constituante modifia les pénalités, mais en conservant le principe. La loi du 28 février-17 avril 1791, qui fut transportée depuis dans le code des délits et des peines, dont elle forma les art. 557 et 558, prononçait, comme peine plus forte, « huit jours d'emprisonnement contre les mauvais citoyens qui oseraient outrager ou menacer les juges et les officiers de justice dans l'exercice de leurs fonctions. » La loi du 19 22 juillet 1791, en étendant cette disposition tutélaire à tous les fonctionnaires publics, déploya plus de sévérité : « Les outrages ou menaces par paroles ou par gestes, faits aux fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, seront punis d'une amende qui ne pourra excéder dix fois la contribution mobilière, et d'un emprisonnement qui ne pourra excéder deux années. » Enfin, l'article 7 (2e partie, titre 1er, sect. 4, du code de 1791) portait que « quiconque aurait outragé un fonctionnaire public, en le frappant au moment où il exerçait ses fonctions, sera puni de la peine de deux années de détention. » Telles sont les dispositions, incomplètes sans doute, qui formaient toute la législation sur cette matière.

834. Mais dans la loi romaine, dans l'ancien droit et dans la législation intermédiaire, ce principe de l'aggravation de la peine était limité par une autre règle qui en restreignait l'application au seul cas

[1] Muyart de Vouglans, Lois crim. p. 351.

[2] Ord. de Moulins, art. 34; édit de janv. 1572, art. 1; ord. de Blois, art. 190; édit de janv. 1629, art. 119; ord. de 1670, t. 16, art. 4.

où le fonctionnaire avait reçu l'outrage dans ses fonctions. Farinacius pense que la peine doit être la même, soit que l'offense ait été commise envers le fonctionnaire *durante officio*, soit qu'elle ait été commise *post officium*, mais *contemplatione officii* [1]; mais Menochius enseigne, au contraire, que la seule offense commise pendant la durée de l'exercice de la fonction doit entraîner une peine plus grave : *Intelligitur de eo qui est in officio, non de eo cujus officium est finitum, licèt in civitate* [2]. Il cite à l'appui de cette règle restrictive la loi 22, Dig. *de testamento militis*, et la loi 42, Dig. *de injuriis*, dont on peut induire, en effet, qu'en dehors de ses fonctions le fonctionnaire n'est plus, aux yeux du législateur, qu'un simple citoyen qui ne doit plus invoquer, pour le protéger, que la loi commune à tous les citoyens. Il est remarquable, au reste, que la loi 4, Cod. *de injuriis*, qui prévoit les outrages dont les magistrats peuvent être l'objet, suppose, dans l'espèce qu'elle présente, que ces magistrats se trouvent dans l'exercice de leurs fonctions et revêtus des insignes de leurs dignités : *Atrocem sine dubio injuriam esse factam manifestum si tibi illata est cùm esses in sacerdotio, et dignitatis habitum et ornamenta præferres, ut ideò vindictam potes eo nomine persequi.*

Les anciennes ordonnances, dont nous avons cité quelques fragments, ne punissaient également l'outrage d'une peine capitale que lorsqu'il avait été commis envers les officiers de justice, *faisant*, exerçant ou exécutant acte de justice; et les criminalistes qui écrivaient sous l'empire de ces ordonnances, généralisant cette règle, exigeaient, comme une condition nécessaire de l'aggravation de la peine dans tous les cas, que l'officier public eût été injurié *dans ses fonctions* [3]. Enfin, on a vu que les lois de l'assemblée constituante formulaient expressément la condition que le fonctionnaire eût été offensé *dans l'exercice de ses fonctions.*

[1] De delictis et pœnis, quæst. 17, nº 38.

[2] De arbit. quæst. l. 2, cas. 263, num. 10.

[3] Jousse, t. 3, p. 601 ; Muyart de Vouglans, p. 351.

835. Notre code a recueilli la plupart de ces distinctions ; mais il en a modifié quelques-unes. L'injure prend dans ses dispositions la dénomination d'*outrage* quand elle est dirigée contre un fonctionnaire public. L'outrage se manifeste *aut verbis, aut re*, par des paroles, des gestes ou menaces, ou par des violences. La peine, toujours plus grave que lorsque le délit ne blesse qu'une personne privée, se gradue d'après la qualité du fonctionnaire outragé, d'après le lieu où l'outrage est commis, d'après surtout les circonstances qui en aggravent la nature ; *aut personâ, aut tempore, aut re ipsâ atrocem injuriam fieri*. Enfin, de même que la loi romaine, l'aggravation cesse dès que le délit ne se rapporte plus à l'exercice des fonctions, dès qu'il n'est plus commis pendant leur durée, *durante officio*, ou, suivant l'interprétation de Farinacius, lorsqu'il n'a pas du moins pour objet cet exercice, *contemplatione officii*.

Cette dernière règle, qu'il convient d'établir d'abord parce qu'elle domine toute cette matière, avait été contestée au sein du conseil d'Etat, lors de la confection du code. Un des membres (M. de Ségur) demanda que les outrages faits aux fonctionnaires publics, même hors de leurs fonctions, fussent punis plus sévèrement que ceux qui sont faits aux simples particuliers : « Ce n'est pas là, disait-il, un privilége, mais une disposition que nos institutions appellent ; car, puisqu'elles créent des autorités, elles veulent nécessairement que ces autorités soient respectées ; or comment le respect des peuples s'attachera-t il au magistrat, si l'on ne doit plus voir en lui qu'un homme privé hors des instants où il exerce ses fonctions ? » Cette étrange argumentation fut énergiquement repoussée par M. Berlier. Il n'est dû au fonctionnaire un secours spécial que lorsqu'il est attaqué comme fonctionnaire : c'est l'exercice de l'autorité qui émane de la loi que la loi plus efficacement protége. Lorsque l'outrage ne concerne point la vie publique du magistrat, lorsqu'il ne s'adresse qu'à sa vie privée, et qu'il le saisit en dehors de son ministère, ce magistrat ne peut prétendre qu'aux garanties communes à tous les citoyens, car il ne peut plus être considéré que comme un simple particulier. Au delà de ces termes, la garantie ne serait qu'un pri-

vilége odieux; car supposez qu'à raison d'un intérêt privé, d'une dette, par exemple, dont il réclame le payement, un créancier invective ou frappe son débiteur qui se trouve être administrateur ou juge : comment la qualité de celui-ci, lorsqu'il a été insulté en dehors de ses fonctions, pourrait-elle rendre le prévenu coupable? Supposez encore qu'un vol soit commis la nuit sur une grande route, et que la personne volée soit un fonctionnaire public : comment cette qualité pourrait elle être considérée comme une circonstance aggravante du vol? Lorsque l'agent n'a pas le fonctionnaire en vue, lorsqu'il ne s'est adressé qu'au simple particulier, comment pourrait-on lui opposer, pour aggraver la peine, une qualité qu'il n'a pas connue ou qu'il n'a pas voulu blesser? « Si la violence employée contre un fonctionnaire public, disait M. Berlier, doit être punie plus sévèrement que celle dont on use envers un particulier, ce n'est pas à cause du rang de l'offensé, c'est parce que, par sa nature, le délit est plus grave, en ce qu'il arrête l'exercice de l'autorité. Se régler sur la qualité des personnes, ce serait établir des priviléges [1]. » Le même orateur résumait ensuite cette discussion, en exposant les motifs du code devant le corps législatif : « Convenait-il de punir les outrages, commis même hors de tout exercice de fonctions, de peines de différents ordres graduées d'après la simple considération du rang plus ou moins élevé que les personnes outragées tiennent dans la société? En agitant cette question, on n'a pas tardé à reconnaître que l'application d'une telle idée serait impraticable; qu'en tarifant les peines selon le rang de l'offensé, cela irait à l'infini; qu'il faudrait aussi prendre en considération le rang de l'offenseur. Enfin, on a reconnu que cela était moins utile que jamais dans un système qui, assignant à chaque classe de peines temporaires un *maximum* et un *minimum*, laissait à la justice une suffisante latitude pour varier la punition des outrages privés d'après la considération due aux personnes. »

836. Nous avons dû insister sur les motifs d'une règle qui s'étend

[1] Procès-verbaux du conseil d'État, séances des 8 et 12 août 1809.

sur tous les articles de ce chapitre et en détermine le sens ; il nous sera plus facile maintenant de fixer les limites de son application. L'outrage est commis *dans l'exercice des fonctions*, toutes les fois que le fonctionnaire, au moment de sa perpétration, procède à un acte de ses attributions. Les termes de cette formule sont généraux et n'admettent point de restriction ; ainsi la jurisprudence a été fondée à décider que le fonctionnaire est dans l'exercice de ses fonctions, alors même qu'il n'est pas revêtu de son costume, si le prévenu s'adresse à lui à l'occasion de l'acte auquel il procède [1] ; alors même que son incompétence pour procéder à cet acte serait légalement établie, si d'ailleurs il a droit et qualité pour agir [2] ; alors même enfin qu'il se trouvait hors du lieu ordinaire où s'exercent ses fonctions, pourvu qu'il procédât régulièrement à un acte de son ministère [3]. L'outrage qui l'attaque dans ces diverses circonstances le saisit donc dans l'exercice de ses fonctions, et dès lors rentre dans les termes de la loi pénale. Enfin, il importe peu, dans ces diverses hypothèses, que l'outrage se rapporte à un fait, à un acte des fonctions : lorsqu'il intervient pendant leur durée, le motif est indifférent ; la loi ne voit que le trouble, que l'injure apportée à l'exercice des fonctions, que l'insulte qui avilit leur dignité ; cette insulte aurait une cause étrangère à ces fonctions, que le trouble n'existerait pas moins ; il n'était donc pas possible de distinguer.

L'outrage est commis *à raison* ou *à l'occasion des fonctions*, toutes les fois qu'il se rapporte à un acte de ces fonctions : c'est cet objet de l'outrage qui sert alors à discerner son caractère légal. La loi n'a voulu, nous l'avons déjà dit, protéger d'une peine plus sévère que les seuls actes de la fonction : lors donc que le prévenu n'a fait porter son outrage sur aucun fait qui fût relatif au ministère du fonctionnaire, qui se rattachât à leur exercice, cet outrage ne tombe

[1] Cass. 28 déc. 1807, Dall. t. 11, p. 96.

[2] Cass. 1er avr. 1813, Bull. n° 63.

[3] Cass. 17 therm. an X, Dall. t. 11, p. 94 ; 16 août 1810, Dall. t. 11, p. 95.

plus que sur un simple particulier, puisque nous supposons d'ailleurs qu'il est commis en dehors de l'exercice des fonctions, et les dispositions qui font la matière de ce chapitre sont inapplicables. L'article 16 de la loi du 17 mai 1819 et l'article 6 de la loi du 25 mars 1822, qui ont porté de nouvelles peines contre la diffamation ou les outrages dont les fonctionnaires et les agents de l'autorité publique peuvent être l'objet, n'ont point dérogé à cette règle : dans l'un et l'autre cas, les peines ne sont applicables qu'au cas où le délit est commis *à raison des fonctions* ou *pour des faits relatifs aux fonctions ;* c'est toujours la même formule, les mêmes motifs, la même règle.

837. Cela posé, notre matière se divise naturellement en deux parties, suivant que l'outrage est commis par paroles ou par gestes, ou qu'il est accompagné de violences. Nous traiterons donc, dans un premier paragraphe, des outrages par paroles, par menaces ou par gestes, et dans un deuxième, des violences et des voies de fait commises sur les fonctionnaires.

§ Ier.

Des outrages par paroles et par gestes ou menaces.

838. L'outrage par paroles est défini par l'article 222 du code, qui est ainsi conçu : « Lorsqu'un ou plusieurs magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire auront reçu, dans l'exercice de leurs fonctions ou à l'occasion de cet exercice, quelque outrage par paroles tendant à inculper leur honneur ou leur délicatesse, celui qui les aura ainsi outragés sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans. » Cet article indique clairement les éléments du délit que le code a voulu punir : il faut que l'outrage s'adresse aux fonctionnaires qu'il désigne, qu'il soit commis pendant l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions ; enfin, que cet outrage soit verbal et de nature à inculper leur honneur ou leur délicatesse. Ces trois conditions exigent quelques explications.

839. Le premier point consiste à définir ce qu'il faut entendre par les magistrats de l'ordre administratif et judiciaire. En général, la dénomination de magistrat de l'ordre administratif appartient aux fonctionnaires administratifs qui ne sont ni officiers ministériels, ni agents de la force publique : tels sont les préfets, les maires et leurs adjoints. La jurisprudence a reconnu la même qualité aux commissaires de police [1]; elle l'a refusée avec raison aux membres de la chambre des députés [2], aux percepteurs des contributions [3]. Les magistrats de l'ordre judiciaire sont tous les juges, tous les membres du ministère public; ainsi les maires et leurs adjoints et les commissaires de police rentrent encore dans cette catégorie, lorsqu'ils exercent les fonctions du ministère public près les tribunaux de police [4]. Mais les officiers de police judiciaire doivent-ils être rangés dans cette classe ? La question ne peut s'élever qu'à l'égard des officiers de gendarmerie et des gardes champêtres et forestiers. Or, ces fonctionnaires se trouvant déjà qualifiés commandants ou dépositaires de la force publique, cette qualité absorbe celle de magistrat, et fait obstacle à ce qu'ils puissent être considérés sous ce deuxième rapport.

[[La jurisprudence a fait encore application de l'art. 222, en les classant parmi les magistrats de l'ordre administratif, aux présidents des assemblées électorales, « attendu que, lorsqu'ils sont installés en cette qualité, ils sont incontestablement des dépositaires de l'autorité publique, soit qu'ils doivent leur mandat aux fonctions administratives ou judiciaires dont ils sont revêtus, soit qu'ils le doivent, dans les cas déterminés par les lois, à l'élection des citoyens qui en ont reçu de la loi la mission [5]; » — aux maires, lorsqu'ils président le conseil municipal, puisque c'est en leur qualité de maire

[1] Cass. 30 juill. 1812, Bull. nº 177, 9 mars 1837.
[2] Cass. 20 oct. 1820. Bull. nº 138.
[3] Cass. 25 juillet 1821, Bull. nº 144.
[4] Cass. 7 août 1818, Dall. t. 11, p. 96.
[5] Cass. 19 août 1837, Bull. nº 246.

qu'ils remplissent cette fouction [1]. Mais elle n'a point reconnu cette qualité au président d'une société de secours mutuels, quoiqu'il soit nommé par l'empereur, et elle a décidé que l'outrage qui lui était adressé ne rentrait pas daus les termes de l'art. 222 [2].]]

840. Le deuxième élément du délit est que l'outrage ait été reçu dans l'exercice des fonctions ou à l'occasion de cet exercice. Nous ne reviendrons point sur cette règle générale, dont nous avons indiqué le sens et les limites. [[Nous ajouterons seulement : 1° que l'outrage qui s'attaque, non à la fonction elle-même, mais à l'aptitude du fonctionnaire à la remplir, à la manière dont il l'exerce habituellement, doit être réputé commis à l'occasion de l'exercice de la fonction [3]; 2° qu'il importe peu que l'outrage ait été motivé par des faits étrangers à la fonction et ait attaqué dans l'homme public l'homme privé, si le fonctionnaire se trouvait en ce moment dans l'exercice de sa fonction [4].]] Mais on doit remarquer que de cette formule il ne résulte point que la publicité soit nécessaire pour constituer l'outrage; car cet outrage peut se rapporter aux fonctions ou se commettre pendant leur exercice, sans se manifester publiquement : tels sont les outrages qui se commettent dans un lieu non public, dans la maison particulière du magistrat. La non-publicité de l'outrage ne lui ôte pas son caractère; c'est en ce sens que la jurisprudence s'est constamment prouoncée [5].

841. Le caractère de l'outrage forme la troisième condition du délit : il faut d'abord, pour que l'art. 222 puisse être appliqué, que l'outrage se manifeste *par des paroles;* l'article en fait une règle formelle. Cependant la cour de cassation, ne se croyant pas enchaînée par ce texte, avait assimilé l'outrage par écrit à l'outrage

[1] Cass. 17 mai 1845, Bull. n° 175; 8 nov. 1844, Bull. n° 363.

[2] Cass. 13 mai 1859, Bull. n° 124.

[3] Cass. 10 mai 1845, Bull. n° 169.

[4] Cass. 27 août 1858, Bull. no 241.

[5] Cass. 13 mars 1812, Bull. p. 106; 2 avr. 1825, Bull. p. 193; 23 janv. 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 72.

par paroles. Les motifs de cette décision étaient : « qu'il n'existe aucune raison de soustraire l'outrage commis par lettre missive ou par écrit non rendu public à l'application des articles 222 et 223 ; que l'outrage écrit a un caractère de préméditation qui ne permet pas de le ranger parmi les outrages par gestes ou menaces ; qu'il doit donc être assimilé à l'outrage par paroles ; qu'en effet l'écriture n'est qu'une parole écrite ; que l'article 222 n'a point exclu cette interprétation, et que les termes n'en sont point limitatifs [1]. » Nous ne pouvons admettre ni l'exactitude de cette analogie, ni la doctrine sur laquelle elle repose. Faut-il répéter encore qu'en matière pénale les termes de la loi doivent être pris dans leur acception propre, qu'aucun mot ne peut être détourné de son sens naturel, et surtout qu'en aucun cas l'analogie ne peut être invoquée pour en déduire l'application d'une peine à un cas nouveau ? La loi a puni l'outrage par paroles, on en conclut qu'elle a voulu punir l'outrage par lettres; mais il suffirait que ces deux modes d'exécution du même délit fussent différents l'un de l'autre pour qu'on ne pût étendre de l'un à l'autre la disposition pénale. Ensuite, le délit est-il donc le même? L'outrage par paroles est une espèce de voie de fait; il peut acquérir de la publicité ; il emprunte à la forme avec laquelle il se produit une gravité plus ou moins intense. L'outrage par lettres n'a ni le même retentissement, ni les mêmes caractères de gravité ; l'injure reste ensevelie dans le silence, elle ne cause au fond aucun dommage. Si la lettre devenait publique, ou si l'agent répétait la parole outrageante, l'article 6 de la loi du 25 mars 1822 le saisirait aussitôt pour le punir. Le même besoin de protection ne se fait donc pas sentir dans les deux cas ; c'est un motif de plus pour ne pas les assimiler. Nous ajouterons enfin qu'il n'est peut-être pas exact de dire que les injures adressées à un magistrat dans une lettre restée secrète ne trouveraient dans la loi pénale aucune répression ; car l'article 376 du code comprend dans sa disposition toutes *injures* ou *expressions outra-*

[1] Cass. 15 juin 1837, Journ. du dr. crim. 1837, p. 158 ; conf. cass. 2 juin 1838, Bull. n° 157 ; 21 sept. 1838, Bull. n° 311.

geantes, et la cour de cassation a jugé que cet article s'appliquait aux injures *écrites* comme aux injures *verbales* [1]. [[Au reste, cette interprétation, qui pouvait déjà se déduire implicitement du texte d'un ancien arrêt [2], a été formellement consacrée par deux arrêts de la cour de cassation qui établissent la jurisprudence sur ce point, et qui portent « que l'art. 222 ne comprend pas les outrages ou injures contenus dans une lettre adressée à un fonctionnaire et dont il a seul connaissance; qu'en effet le mot *parole* de l'art. 222 doit être pris dans son sens propre et dans son acception vulgaire, et qu'il ne doit dès lors être appliqué qu'aux mots articulés ou prononcés de vive voix; que les tribunaux ne peuvent étendre les dispositions pénales des lois des cas qu'elles expriment à d'autres qu'elles n'expriment pas, et qu'il n'appartient qu'au législateur d'ajouter à ces dispositions ou d'en combler les lacunes; que l'art. 222 reproduit, quant aux outrages par paroles aux fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, les mêmes dispositions que l'art. 19, tit. 11, de la loi du 19-22 juillet 1791, sous l'empire de laquelle il a été constamment reconnu et admis que les outrages ou injures par écrit adressés à un fonctionnaire public ne constituaient pas le délit prévu par cet article [3]. »]]

842. Mais il a été jugé en même temps que l'article 222 s'applique aux injures proférées même en l'absence du fonctionnaire, et il se fonde sur ce que cet article n'a pas exigé sa présence. Nous aurions peine à concilier cette décision avec la nature de l'outrage et les textes du code [4]. La loi suppose évidemment, dans tous les articles qui font l'objet de ce chapitre, la présence du magistrat offensé: l'article 222 veut qu'il ait *reçu* l'outrage; l'article 228, qu'il ait éprouvé les violences. Ensuite, il est de l'essence de l'outrage d'être fait à la personne elle-même qui en est l'objet; proféré loin d'elle,

[1] Cass. 10 nov. 1826, Sir. 27. 213.
[2] Cass. 10 avr. 1817, J. P. 14, 175.
[3] Cass. 11 févr. 1839, Bull, n° 47; 8 mai 1856, Bull. n° 167.
[4] Cass. 10 avr. 1817, J. P. 14, 175.

c'est une diffamation ou une injure, ce n'est plus un outrage, parce que le magistrat n'en est pas atteint immédiatement, parce que la loi n'a voulu le protéger plus efficacement que contre une attaque directe. [[Ce motif toutefois n'a pas paru suffisant pour modifier la jurisprudence, qui persiste à déclarer « que ni les articles 222 et 223 ni aucune autre loi n'exigent que, pour être punissables, les outrages par paroles envers un magistrat soient proférés en sa présence, lorsque d'ailleurs ils ont eu lieu dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions[1]. »]]

843. Enfin, l'outrage par paroles doit, pour être incriminé, être de nature à inculper l'honneur ou la délicatesse du magistrat. Pris dans un sens générique, l'outrage est toute injure faite d'une manière quelconque à un fonctionnaire : l'article 222 a restreint cette acception ; il a créé une espèce dans le genre ; il ne punit pas tout outrage, mais seulement celui qui par son caractère tend le plus à paralyser l'autorité morale, à affaiblir la considération du magistrat. Cette nature spéciale de l'outrage prévu par l'article 222 doit être soigneusement pesée par le juge ; car il n'est point investi d'un pouvoir discrétionnaire pour en apprécier les éléments, puisque ces éléments ont été définis par la loi. La jurisprudence offre plusieurs exemples d'une appréciation des juges du fait, déclarée inexacte ou saine par la cour de cassation[2].

[[Il a été jugé, conformément à cette doctrine, — que le fait d'adresser à un maire, dans une assemblée du conseil municipal, ce propos : « Vous avez été réduit à vous adjoindre un Vinay, » constituait un outrage envers le sieur Vinay, adjoint, puisqu'il le signalait comme indigne de sa fonction[3] ; — qu'une parole d'une saleté grossière, adressée à un commissaire de police dans l'exercice de sa fonction, caractérise le même outrage, puisqu'elle est de nature à

[1] Cass. 8 oct. 1842, Bull. n° 267 ; 20 déc. 1850, Bull. n° 432.

[2] Cass. 22 déc. 1814, Bull. n° 45 ; 29 mai 1813, Dall. t. 11, p. 97 ; 17 mars 1851, J. P. 1853, 1. 617 ; 15 avr. 1853, Bull. n° 137 ; 3 août 1854, J. P. 1855, 1. 555 ; 28 mars 1856, Bull. n° 127.

[3] Cass. 10 mai 1845, Bull. n° 169.

diminuer le respect des citoyens pour son autorité morale [1]; — et qu'en général, les expressions de mépris adressées à un magistrat, tendant à affaiblir le caractère dont il est revêtu, peuvent être considérées comme portant atteinte à son honneur et à sa délicatesse [2]; on doit toutefois ajouter que lorsqu'il ne s'agit que d'un fait d'irrévérence imputé à un avocat et poursuivi disciplinairement, le pouvoir de l'apprécier souverainement appartient exclusivement aux juges envers qui il a été commis [3].]]

844. Telles sont les différentes conditions qui doivent se réunir pour constituer un outrage et caractériser le délit. Mais, depuis le code pénal, cette matière a plusieurs fois occupé le législateur, et les règles qui viennent d'être exposées ont été modifiées sous plusieurs rapports. Il importe de savoir quelles règles nouvelles la législation a apportées sur ce point et quelles dispositions du code se trouvent abrogées, lesquelles sont encore debout et en vigueur; c'est ce que nous allons maintenant examiner.

Les articles 16 et 19 de la loi du 17 mai 1819 avaient déjà modifié l'article 222, en en détachant les cas où l'outrage prendrait le caractère d'une diffamation ou d'une simple injure. L'article 16 porte : « La diffamation envers tout dépositaire ou agent de l'autorité publique, pour des faits relatifs à ses fonctions, sera punie d'un emprisonnement de huit jours à dix-huit mois, et d'une amende de 50 francs à 3,000 francs. » L'article 19 punit l'injure envers les mêmes personnes d'un emprisonnement de cinq jours à un an, et d'une amende de 25 francs à 2,000 francs; mais ces dispositions ont été elles-mêmes implicitement abrogées par l'article 6 de la loi du 25 mars 1822, qui a porté de nouvelles peines contre les outrages dont les fonctionnaires publics peuvent être l'objet, et qui a substitué le terme d'*outrage* aux mots *injure*, *diffamation*, pour qualifier les propos diffa-

[1] Cass. 6 sept. 1850, Bull. n° 295.

[2] Cass. 21 fév. 1851, Bull. n° 76.

[3] Cass. 25 janv. 1834, 6 mai 1844, 6 août 1844, 7 avr. 1860, J. P. 60. 1. 956.

matoires ou injurieux adressés aux fonctionnaires [1]. Toutefois, comme l'article 16 de la loi du 17 mai 1819 est la seule disposition de la législation qui ait désigné les *agents de l'autorité publique* parmi les fonctionnaires sur lesquels la loi étend une protection spéciale, on a continué de l'appliquer toutes les fois que la qualification de fonctionnaire public ne peut être donnée à l'agent de l'autorité publique outragé. C'est ainsi que cette disposition a été invoquée par la jurisprudence en faveur des appariteurs ou agents de police [2], et même des gardes nationaux insultés dans leurs fonctions [3].

Ces dispositions parurent insuffisantes au législateur; l'article 6 de la loi du 25 mars 1822 fut proposé pour les compléter. « Il est triste, disait l'exposé des motifs, d'avoir à rappeler que des membres de cette chambre ont été diversement insultés ou menacés par des attroupements tumultueux. Les tribunaux, fidèles à la lettre de la loi, ont jugé que les membres des chambres n'étaient pas compris sous les désignations de magistrats ou de dépositaires de l'autorité publique. Une disposition spéciale est donc nécessaire; elle embrasse l'outrage fait *publiquement, d'une manière quelconque, à raison de la fonction ou de la qualité;* et, comme cette désignation est plus large que celle du code pénal, le projet ne s'applique pas seulement aux membres des deux chambres, mais aussi aux fonctionnaires publics. Enfin, l'article donne une garantie semblable aux jurés et aux témoins, dont l'indépendance est si essentielle à la bonne administration de la justice; tels sont les motifs de l'article 6, ainsi conçu : « L'outrage fait publiquement, d'une manière quelconque, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, soit à un ou plusieurs membres de l'une des deux chambres, soit à un fonctionnaire public, sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans, et d'une amende de 1,000 francs à 4,000 francs; le même délit envers un juré à raison de ses fonctions, ou envers un témoin à raison de sa

[1] Cass. 18 juill. 1828, Bull. p. 646.

[2] Cass. 28 août 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 338.

[3] Cass. 24 fév. et 17 mai 1832, Dall. 32. 1. 190; Bull. p. 263.

déposition, sera puni de dix jours à un an, et d'une amende de 50 francs à 3,000 francs. »

Il est nécessaire de remarquer que si cet article ne crée point un délit nouveau, puisque le délit d'outrage était déjà prévu par le code pénal, il imprime du moins à ce délit un sens plus large et presque indéfini. Il ne s'agit plus seulement ici, comme dans l'article 222, d'une atteinte à l'honneur ou à la délicatesse du fonctionnaire : toute expression offensante, toute imputation d'un fait honteux, toute insulte peut être qualifiée outrage ; mais cet outrage n'est punissable, dans le système de la loi, qu'autant qu'il a été commis avec des conditions de criminalité différentes de celles énumérées par le code.

Ainsi l'article 222 ne prévoit qu'une espèce d'outrage, celui qui peut inculper l'honneur ou la délicatesse de la personne offensée ; l'article 6 de la loi du 25 mars 1822 punit l'outrage sans le définir, et par conséquent toutes les sortes d'outrages commis dans les circonstances énoncées par cet article se trouvent comprises dans cette expression générique. Ensuite le code pénal ne s'applique qu'aux outrages faits par paroles ou par gestes, tandis que la loi spéciale comprend les outrages commis *d'une manière quelconque*, par écrits, par paroles, par emblèmes, par gestes. Cette loi se restreint à ceux qui sont faits *à raison des fonctions*, et le code s'étend, au contraire, aux outrages commis *soit dans l'exercice*, soit à l'occasion des fonctions ; enfin, la loi de 1822 n'atteint que les outrages qui se sont manifestés *publiquement*, et l'article 222 les frappe, au contraire, qu'ils soient ou non accompagnés de publicité.

De ces différences il faut conclure que l'article 222 demeure encore en vigueur relativement aux outrages qui sont commis : 1° *dans l'exercice* des fonctions, qu'ils soient ou non publics [1] ; 2° *à l'occasion de cet exercice*, mais sans publicité [2]. Dans ces deux cas, les règles particulières que nous avons déduites du texte de l'article con-

[1] Cass. 17 mars 1820, Bull. p. 180 ; 28 août 1823, Bull. p. 361 ; 27 fév. 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 53.

[2] Cass. 2 avr. 1825, Bull. p. 193 ; 20 févr. 1830, Bull. p. 108.

servent leur force, et dès lors le délit doit réunir les éléments de criminalité exigés par cet article. Hors de ces deux hypothèses, cette disposition n'a plus d'application.

[[Cette interprétation a été plusieurs fois consacrée [1]. Un dernier arrêt, rendu à notre rapport, déclare « que si l'outrage fait publiquement à un fonctionnaire à raison de ses fonctions tombe dans les termes de l'article 6 de la loi du 25 mars 1822, l'outrage fait dans l'exercice des fonctions, qu'il soit ou non public, ou à l'occasion de cet exercice, mais sans publicité, a continué d'être régi et prévu par les articles 222 et 223 [2]. »]]

845. Mais, dans l'une de ces hypothèses même, lorsque l'outrage est commis dans l'exercice des fonctions, il peut revêtir un autre caractère, celui de la diffamation. En général, l'outrage, qui n'est qu'une injure aggravée par la qualité de celui auquel elle s'adresse, constitue un délit distinct de la diffamation, que la loi a définie l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération [3]. Néanmoins, lorsque cette diffamation se produit par la parole, qu'elle est jetée à la face du magistrat comme une injure au milieu de l'exercice de ses fonctions, elle peut être considérée comme un outrage, et les règles relatives à ce dernier peuvent la saisir; mais il n'en serait plus ainsi lorsque la diffamation n'a été accompagnée d'aucune expression outrageante, d'aucun terme de mépris, d'aucune invective, enfin d'aucun geste de nature à en faire un outrage. Cette distinction est surtout importante en ce qui concerne la procédure, puisque la compétence et les formes diffèrent, aux termes de l'article 20 de la loi du 26 mai 1819, dans l'un et l'autre cas.

846. La loi pénale a considéré comme une circonstance aggravante de l'outrage sa perpétration *à l'audience des cours et des tribunaux*. L'infraction puise dans cette circonstance une plus haute

[1] Cass. 22 févr. 1844, Bull. n° 64; 22 févr. 1854, Bull. n° 64.

[2] Cass. 18 juillet 1861, Bull. n° 290.

[3] Art. 13, loi du 17 mai 1819.

gravité, soit parce que ce n'est plus à un magistrat procédant isolément, mais à un corps de magistrature, à un tribunal entier, que l'injure est portée, soit parce que la majesté des juges doit être protégée avec plus de sévérité au moment où ils distribuent la justice. Le deuxième paragraphe de l'article 222 porte en conséquence : « Si l'outrage a eu lieu à l'audience d'une cour ou d'un tribunal, l'emprisonnement sera de deux à cinq ans. » Il est nécessaire de rapprocher d'abord cette disposition de deux autres dispositions analogues de la législation.

L'article 11 du code de procédure civile autorise le juge, *dans le cas d'insulte et d'irrévérence grave* envers lui, à prononcer un emprisonnement de trois jours au plus; et l'article 91 du même code investit également les tribunaux du pouvoir de condamner à un mois d'emprisonnement *ceux qui outrageraient ou menaceraient les juges ou les officiers de justice dans l'exercice de leurs fonctions :* nous ne parlons point des articles 504 et suivants du code d'instruction criminelle, qui ne sont relatifs qu'au mode de procédure et à la compétence des tribunaux. Ces dispositions ont-elles été abrogées ou du moins modifiées par les articles 222 et 223 du code pénal? Il est évident, en premier lieu, que l'article 11 prévoit un fait différent, le fait *d'insulte* et *d'irrévérence grave*, qui constitue une infraction beaucoup plus légère que l'outrage. La sollicitude du législateur a dû déployer une prévoyance plus grande en faveur du juge de paix, qui, plus isolé et plus en contact avec les parties, avait besoin d'une protection plus efficace et d'un moyen répressif plus facile. L'article 11 doit donc subsister à côté de l'article 222; il agit dans une sphère inférieure, il s'arrête quand l'insulte prend les caractères de l'outrage défini par cet article. En ce qui concerne l'article 91, il nous semble que la même solution doit y être appliquée : l'outrage prévu par les art. 222 et 223 a un caractère particulier et très-grave; mais, au-dessous de cette injure spéciale, il est un grand nombre de faits, de paroles injurieuses, moins graves et cependant répréhensibles, qui portent atteinte, non point à la personne du juge, à son honneur ou à sa délicatesse, mais

à la dignité de la magistrature et au respect dû à l'audience. C'est à cette classe d'outrages que l'article 91 peut encore s'appliquer utilement, soit à raison des peines légères qu'il prononce, soit à raison des formes expéditives qu'il trace. Son incrimination, étant indéfinie, se trouve circonscrite par l'article 222, mais elle peut s'appliquer encore aux faits qui ne rentrent point dans la disposition de cet article.

Cela posé, toutes les règles relatives aux outrages qui attaquent les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions s'appliquent nécessairement aux outrages commis aux audiences : la pénalité seule est modifiée. Ainsi les mêmes éléments sont exigés pour caractériser le délit; ainsi il importe peu que l'outrage se rapporte à l'affaire qui occupe l'audience, pourvu qu'il soit commis pendant la durée de cette audience, pourvu qu'il soit dirigé contre les magistrats qui siégent dans leurs fonctions. Car c'est le caractère public du juge, c'est le cours de la justice et l'exercice des fonctions, que la loi pénale a voulu protéger avec une sévérité plus grande.

[[Il a été décidé, conformément à cette doctrine, — que le fait du prévenu qui, en répondant au ministère public, à l'audience du tribunal de police, s'est écrié : « Vous en avez menti, c'est faux ! » constitue, aux termes de l'article 222, un outrage envers un magistrat de l'ordre judiciaire dans l'exercice de ses fonctions [1] ; — que l'outrage commis dans des conclusions écrites, prises dans le cours d'un débat, rentrent dans les mêmes termes, lorsqu'elles ont été lues à l'audience en présence du magistrat outragé [2] ; — que le prévenu qui déclare hautement qu'il est condamné d'avance, et qu'il est inutile de présenter sa défense, commet encore le même délit [3].]]

847. Une question qui s'est produite dans une circonstance analogue, est de savoir s'il y a outrage lorsque les magistrats

[1] Cass. 8 déc. 1849, Bull. n° 338.

[2] Cass. 11 janv. 1851, Bull. n° 21.

[3] Cass. 15 avr. 1853, Bull. n° 137.

siégeant à l'audience n'ont pas entendu les paroles, ne se sont pas aperçus du fait qui peut le constituer. Dans une espèce où la compétence instantanée des juges était seule controversée, la cour de cassation a jugé « que les paroles offensantes d'un avocat à l'audience ne perdent pas le caractère de faute de discipline qui leur appartient pour n'être pas parvenues à l'oreille des juges; que toutes les fois qu'au lieu d'être dites sous le secret de la confidence, elles sont prononcées assez haut pour être entendues d'une partie du public, il y a atteinte portée à la dignité de l'audience et au respect dû à la justice[1]. » Il faut remarquer d'abord que cette décision ne juge point notre question, puisque les motifs pour admettre la compétence ou l'existence du délit ne sont pas les mêmes, puisque toute atteinte portée à la dignité de l'audience n'est pas un outrage dans le sens de la loi pénale; mais il nous semble nécessaire de combattre l'induction qu'on pourrait en tirer. Comment admettre l'existence de l'outrage, quand le fait qui le constituerait n'est pas même apparu aux yeux du juge? Comment apercevoir un délit dans un geste, dans une parole qui n'a produit ni trouble ni scandale, qui n'a point interrompu les débats, qui est demeuré ignoré du tribunal? L'outrage est une attaque directe contre les juges, il se produit ouvertement, il imprime son offense sur leur front : c'est parce qu'elle l'a considéré comme un fait flagrant, que la loi a voulu venger de suite la dignité de l'audience troublée, et faire suivre immédiatement l'offense de la réparation. Quelques paroles échappées à demi-voix, un geste à peine aperçu, ne peuvent constituer le délit, parce qu'ils n'atteignent pas ouvertement le magistrat. Peut-être ces atteintes secondaires pourraient-elles être comprises dans les termes de l'art. 91 du code de procédure civile; mais il serait difficile d'y reconnaître les caractères distinctifs de l'outrage défini par le code pénal.

On ne doit pas omettre, du reste, de remarquer que le deuxième paragraphe de l'article 222 s'étend à toutes les cours, à tous les tribunaux indistinctement : la disposition générale et la même raison de décider s'appliquent, d'ailleurs, à toutes les juridictions.

[1] Cass. 24 déc. 1836, Journ. du dr. crim. 1837, p. 38 et s.

848. Les peines portées contre l'outrage par paroles se graduent suivant la qualité de la personne outragée : si cette personne est un magistrat, cette peine est l'emprisonnement dans les limites fixées par l'article 222 ; elle s'abaisse et descend jusqu'à une simple amende, lorsque cette personne est un officier ministériel ou un agent de la force publique. « L'outrage fait par paroles, porte l'article 224, à tout officier ministériel ou agent dépositaire de la force publique, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, sera puni d'une amende de 16 francs à 200 francs. » Il est clair qu'il s'agit ici du même délit : la qualité de la personne offensée a seule changé ; la définition et les règles établies par l'article 222 s'appliquent à celui-ci.

849. La question s'est élevée de savoir si l'article 224 est applicable à un individu qui a fait à un agent de la force publique la fausse dénonciation d'un crime imaginaire. Il nous paraît qu'une solution négative doit être adoptée. Ce qui constitue l'outrage prévu par le code, il faut le répéter encore, ce sont ces expressions injurieuses, ces termes de mépris, ces invectives, ces imputations de vices ou d'actions blâmables qui portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne à laquelle on les impute. Or peut-on voir un outrage de ce genre dans une déclaration mensongère faite à un officier de police ? Ce ne sont pas les termes de la déclaration qui pourront constituer l'outrage : ces termes, qui ne contiennent que le récit d'un fait en apparence véritable, ne s'adressent point à la personne du magistrat ; ils ne l'inculpent pas ; ils ne portent pas atteinte à son honneur, à sa délicatesse ; ils le trompent à la vérité, mais un faux témoin trompe la justice, et son faux témoignage reste impuni, s'il n'a été fait que dans l'instruction écrite, devant le magistrat instructeur ; et toutefois ce faux témoignage a pu induire les magistrats dans des recherches non-seulement illusoires, mais injustes, puisqu'elles ont pu faire envelopper un innocent dans cette poursuite. Une déclaration mensongère ne peut être considérée comme un outrage envers l'autorité à qui elle est faite, que par une induction qui dénaturerait le sens naturel des expressions de l'article 222 ; qui

substituerait à l'outrage par paroles, lequel présente un sens précis et déterminé et se manifeste par un acte matériel, une autre espèce d'outrage qui aurait besoin de temps et de recherches pour se découvrir; qui laisserait des doutes sur l'intention de son auteur, qui serait en un mot tout intellectuel. A cette doctrine, toutefois, on peut opposer un arrêt de rejet du 9 décembre 1808[1], qui a qualifié d'outrage la dénonciation d'un délit imaginaire fait à la gendarmerie. Mais on doit remarquer que cet arrêt a été rendu sous l'empire du code de 1791, et les dispositions de ce code relatives à l'outrage n'étaient point conçues dans des termes aussi précis, aussi restrictifs que ceux de l'article 222; et d'ailleurs nous n'hésitons point à penser que, même en appliquant ce code qui n'avait point défini l'outrage, mais qui lui avait laissé son sens commun, l'arrêt que nous avons cité a méconnu les signes essentiels de ce délit.

850. L'unique difficulté à laquelle puisse donner lieu l'article 224 est de savoir quelles personnes sont comprises sous la dénomination d'*officiers ministériels* et d'*agents dépositaires de la force publique.* Nous avons précédemment expliqué la signification de la première de ces expressions; elle s'étend, en général, aux avoués, aux huissiers, aux commissaires-priseurs : la jurisprudence y a compris, dans l'application même de l'article 224, les notaires et même les porteurs de contraintes des contributions directes. Quant aux notaires, quoiqu'ils soient plus généralement considérés comme fonctionnaires publics, toutefois ils appartiennent par leur caractère et leurs fonctions à la classe des officiers ministériels, et le vœu de la loi a certainement été de leur assurer la même protection, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'aux avoués et aux commissaires-priseurs[2]. Mais nous ne pouvons étendre la même solution aux porteurs de contraintes des contributions directes. La cour de cassation a décidé « qu'aux termes de l'article 18 du décret du 16 thermidor an VIII, ces porteurs sont huissiers des contributions directes; que dès lors

[1] Sirey, t. 10, p. 257.

[2] Cass. 13 mars 1812, Bull. n° 58; 22 juin 1809, Dall. t. 11, p. 98.

ils sont officiers ministériels dans l'exercice de leurs fonctions, et que les outrages qui leur sont adressés, dans cet exercice, par paroles, gestes ou menaces, sont prévus et réprimés par l'article 224 [1]. » Nous ne croyons pas, d'abord, qu'il soit exact de dire que ces agents sont *huissiers* des contributions directes ; ils en remplissent les fonctions, mais ils n'en ont pas le caractère. L'article 18 de la loi du 16 thermidor an VIII est ainsi conçu : « Les porteurs de contraintes feront seuls les fonctions d'huissiers pour les contributions directes ; ils ne sont pas assujettis au droit de patente. » Or, ne serait-ce pas donner une extension aux termes de cet article, et par conséquent de l'article 224, que d'assimiler complétement ces agents aux officiers ministériels, pour leur assurer une garantie qui ne leur a point été nominativement accordée? Ensuite, on doit remarquer que l'article 209 énumère les *officiers ministériels, les agents de la force publique, les préposés à la perception des taxes et des contributions, leurs porteurs de contraintes, etc.* En rapprochant cette disposition de l'article 224, il en résulte ces deux corollaires : que les porteurs de contraintes sont autre chose que les officiers ministériels et les agents de la force publique ; et que, puisque l'article 224 ne punit que les outrages faits à ces derniers, sa disposition ne saurait atteindre les actes de la même nature commis envers les porteurs de contraintes.

Les agents de la force publique sont nécessairement agents de l'autorité publique ; mais ces derniers ne sont pas toujours agents de la force publique : ainsi les agents ou les appariteurs de police ne devraient pas être rangés dans la classe des agents de la force publique [2]. Cette différence peut être importante à l'égard des outrages que les agents reçoivent dans l'exercice de leurs fonctions, car l'article 224 est la seule loi pénale applicable à ces outrages; mais il en est autrement en ce qui concerne les outrages commis à raison de leurs fonctions et publiquement : l'article 19 de la loi du 17 mai 1819 porte que « l'injure contre les personnes désignées par les ar-

[1] Cass. 30 juin 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 177.
[2] Cass. 28 août 1829, Journ. du dr. crim. 1829, p. 338.

ticles 16 et 17 de la loi sera punie d'un emprisonnement de cinq jours à un an, et d'une amende de 25 à 200 francs. » Or l'article 16 désigne indistinctement les dépositaires et les agents de l'autorité publique : d'où il suit que les agents de la force publique sont protégés soit par l'article 224, soit par l'article 19 de la loi du 17 mai 1819, suivant qu'ils ont été outragés ou injuriés dans leurs fonctions, mais publiquement ; et que les agents de l'autorité ne jouissent, au contraire, de cette garantie que dans le seul cas prévu par l'article 19 de la loi du 17 mai 1819. [[La jurisprudence, en faisant application de ces textes, a reconnu, d'une part, « que les employés des contributions indirectes ne sont ni officiers ministériels, ni agents dépositaires de la force publique [1], » et, d'une autre part, qu'il y a lieu, au contraire, de comprendre dans cette incrimination l'outrage commis envers un avoué dans un greffe ouvert au public [2], et l'outrage commis envers des agents de police, « attendu que ces agents doivent être considérés comme des agents de la force publique, lorsqu'ils agissent pour l'exécution soit des jugements, soit des lois et règlements de police dont la surveillance leur est confiée par l'autorité municipale [3]. »]]

851. L'article 225 fait une exception à l'article précédent en faveur des *commandants de la force publique* : « La peine sera de six jours à un mois d'emprisonnement, si l'outrage mentionné en l'article précédent a été dirigé contre un commandant de la force publique. » Le sens de cette dernière expression ne nous semble pas avoir été sainement compris par la jurisprudence : la cour de cassation a jugé qu'un brigadier de gendarmerie est un commandant de la force publique dans l'étendue du territoire assigné à sa brigade, lors même que dans le service il n'est accompagné que d'un seul homme [4] ; cette décision s'appuie sur quelques articles de l'ordonnance du 29 octobre 1820, relative à la gendarmerie, qui désignent

[1] Cass. 1er mars 1844, Bull. n° 72.
[2] Cass. 29 mars 1845, Bull. n° 119.
[3] Cass. 2 oct. 1847, Bull. n° 246.
[4] Cass. 14 janv. 1826, Bull. n° 9.

ce sous-officier par le nom de commandant de brigade. Mais ce n'est pas au mot seul qu'il faut s'attacher, c'est à la valeur que la loi lui a donnée. Cet article n'existait point dans le projet du code pénal : un membre du conseil d'Etat objecta que la faible amende portée par l'article 224 lui semblait une peine insuffisante lorsque l'outrage serait fait à un officier de la force armée qui pourrait être d'un grade élevé. M. Berlier répondit qu'il semblait inutile de prévoir une hypothèse qui devait rester étrangère à l'article : « Qu'est-ce que l'officier ministériel dont il parle ? ordinairement un huissier ; et quels sont les autres agents de la force publique ? le plus souvent des recors, plus souvent des gendarmes : voilà les seuls militaires qui puissent se trouver dans la disposition qu'on discute, et encore n'y sont-ils que comme auxiliaires de l'autorité civile. La chose ainsi entendue, quelque faveur que mérite un gendarme, l'outrage qui lui est fait ne paraît pas devoir être aussi grièvement puni que l'insulte faite à un magistrat en fonctions. » On insista en alléguant qu'il était possible que le commandant du détachement fût un *officier de gendarmerie*, et M. Berlier accorda que dans ce cas spécial il pourrait être convenable d'infliger la peine d'emprisonnement, mais à un degré moindre que dans le cas d'insulte faite à un magistrat ; M. Cambacérès ajouta qu'il fallait faire une disposition particulière pour les officiers supérieurs. Voilà l'origine et les motifs de l'article 225. Il en résulte que ce n'est qu'aux seuls officiers que le législateur a voulu prêter un appui plus efficace, et que sa protection ne s'est point étendue aux sous-officiers qui, alors même qu'ils se trouvent à la tête de quelques militaires, ne peuvent être réputés *commandants* dans le sens hiérarchique que la loi militaire attache à ce mot. Et si l'on veut une preuve qui soit puisée dans la loi pénale elle-même, il suffit de rapprocher de l'article 225 l'article 224, qui énumère soigneusement les *commandants*, les *officiers* et les *sous-officiers* de la force publique. Il résulterait même de ce nouveau texte que les officiers eux-mêmes ne seraient pas indistinctement réputés commandants, ce qui est exact dans la hiérarchie militaire ; mais, comme il suit de la discussion que le but du législateur a été de tracer une distinction

entre les officiers et les sous-officiers, nous croyons que tous les officiers doivent jouir du bénéfice de l'article 225.

[[Il ne faut pas, au surplus, perdre de vue que, d'après le texte précis de l'article 225, la peine d'emprisonnement, dont cet article punit l'outrage, n'est accompagnée d'aucune amende. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt qui dispose « que la peine de l'amende n'est établie par l'article 224 que pour le délit d'outrage envers tout officier ministériel ou tout agent dépositaire de la force publique ; que l'art. 225, qui prévoit et punit le délit plus grave d'outrage envers un commandant de la force publique, prononce pour ce cas la peine de l'emprisonnement, sans y ajouter celle de l'amende; qu'on ne peut appliquer une disposition pénale par voie d'extension d'un cas à un autre pour lequel elle n'a point été faite [1].]]

852. Nous ne nous sommes occupés jusqu'ici que de l'outrage *par paroles :* la loi a prévu une deuxième espèce d'outrage qui se commet *par gestes ou menaces*, et elle l'a placé à un degré inférieur dans l'appréciation de leur criminalité respective. « Dans la classification des outrages, porte l'exposé des motifs, on a placé au moindre degré de l'échelle ceux qui sont commis par gestes ou par menaces : les paroles outrageantes, qui ont ordinairement un sens plus précis et mieux déterminé que de simples gestes ou menaces, ont paru être un délit supérieur à celui-ci. » La peine varie, du reste, comme en ce qui concerne l'outrage par parole, suivant que la personne outragée est un magistrat, un officier ministériel ou agent de la force publique, ou enfin un commandant de la force publique; elle ne diffère de la peine relative à l'outrage par paroles que dans le premier cas, elle est la même dans les deux autres. L'article 223 porte : « L'outrage fait par gestes ou menaces à un magistrat dans l'exercice de ses fonctions sera puni d'un mois à six mois d'emprisonnement; et si l'outrage a eu lieu à l'audience d'une cour ou d'un tribunal, il sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans. » Les articles 224 et 225, dont nous avons rapporté les textes plus

[1] Cass. 25 juillet 1850, Bull. nº 232.

haut, punissent le même outrage quand il est fait aux officiers ministériels, commandants ou agents de la force publique.

L'article 223 n'a point défini l'outrage par gestes ou menaces. Faut-il se reporter à l'article 222 pour y puiser la teudance et le caractère de gravité que doit offrir cet outrage? L'affirmative ne semble pas douteuse. Ces deux articles sont l'expression d'une même pensée; ils appartiennent au même délit, au même genre d'outrages; ils ne diffèrent qu'en ce qu'ils prévoient un mode distinct d'exécution de ce délit: ce mode varie, mais l'acte reste le même; ainsi tout geste injurieux, toute menace offensante ne constituera pas le délit: il faut que son but soit d'inculper l'honneur ou la délicatesse du magistrat, de l'officier ministériel ou de l'agent de la force publique.

Mais comment discerner cette tendance d'un outrage qui ne se manifeste que par des gestes? Cette appréciation est le plus souvent assez facile: le geste est l'expression d'une pensée, expression vive et énergique lorsqu'il traduit un outrage; il est donc aisé de saisir, sous cette forme muette mais expressive, la pensée injurieuse que la parole déguise même quelquefois plus habilement. Les anciens jurisconsultes considéraient comme des gestes injurieux le jet de boue ou d'ordures, le fait de lever une canne sur la tête du magistrat, les sifflets, les charivaris, les huées: ces actes pourraient rentrer sans aucun doute, et suivant les circonstances, dans les termes de l'article 223. C'est aux juges, du reste, qu'il appartient d'apprécier les éléments du délit; mais le jugement doit nécessairement constater ces éléments, car l'application de la peine manquerait de base légale. Au surplus, tout autre outrage par gestes ou menaces, qui n'aurait pas l'effet d'attaquer l'honneur ou la délicatesse du fonctionnaire, ne resterait pas par cela seul impuni; l'art. 6 de la loi du 25 mars 1822 le comprendrait dans ses termes, pourvu qu'il eût été commis publiquement et à raison de ses fonctions.

[[Nous devons toutefois ajouter que cette interprétation n'a point été admise par la cour de cassation, qui a pensé, au contraire, « que les art. 223 et 224 n'exigent pas, comme l'art. 222, que les outrages par paroles, gestes ou menaces soient de nature, pour

être punissables, à porter atteinte à l'honneur ou à la délicatesse des personnes que ces articles ont pour but de protéger; que spécialement les outrages par gestes ou menaces ne sont pas de leur nature susceptibles du caractère de gravité prévu et puni par l'article 222; que le juge n'a donc point à rechercher si les paroles, gestes ou menaces avaient pour résultat de porter atteinte à l'honneur ou à la délicatesse des agents [1]. »]]

L'article 225 a omis également, en parlant de l'outrage fait à un *magistrat*, de définir ce dernier terme: c'est qu'ici encore l'intention du législateur a été de se référer à l'article 222 relativement à cette définition; c'est aussi ce que la cour de cassation a reconnu en décidant : « qu'en déclarant que les membres de la chambre des députés ne peuvent être considérés comme magistrats administratifs ou judiciaires, et qu'ainsi l'article 225 du code pénal, qui se réfère à l'article 222, ne pourrait être appliqué aux outrages par gestes ou menaces qui leur seraient faits à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, la cour dont l'arrêt avait été frappé par le pourvoi n'avait point violé ces articles [2]. »

853. Aux peines d'emprisonnement et d'amende que les articles 222 et suivants ont établies pour la répression des outrages, le code en a joint une autre d'une nature particulière : c'est la réparation à l'offensé faite à l'audience ou par écrit. Les articles 226 et 227, qui édictent cette peine spéciale, sont ainsi conçus. Article 226 : « Dans le cas des articles 222, 223 et 225, l'offenseur pourra être, outre l'emprisonnement, condamné à faire réparation, soit à la première audience, soit par écrit; et le temps de l'emprisonnement prononcé contre lui ne sera compté qu'à dater du jour où la réparation aura eu lieu. » Article 227 : « Dans le cas de l'article 224, l'offenseur pourra de même, outre l'amende, être condamné à faire réparation à l'offensé; et s'il retarde ou refuse, il sera contraint par corps. »

[1] Cass. 7 mai 1853, Bull. n° 157.

[2] Cass. 20 oct. 1820, Bull. p. 395.

Cette peine, qui n'existait point dans la loi romaine, a été puisée dans notre ancien droit, où elle était placée à côté de l'amende honorable, quoiqu'elle ne partageât d'ailleurs ni l'infamie ni l'appareil de cette dernière peine. Elle paraît avoir pris son origine dans la jurisprudence canonique, qui la considérait comme une sorte de pénitence imposée au coupable à raison du mal qu'il avait causé par l'injure [1]. « La réparation honorable, dit Jousse, est la satisfaction qu'un accusé qui a offensé quelqu'un est obligé de faire à celui qu'il a offensé. Quand l'injure est légère, cette réparation se fait par un acte que l'on met au greffe, et par lequel on déclare que l'on tient celui qu'on a injurié pour une personne d'honneur; si l'injure est grave, celui qui l'a proférée est condamné à faire cette déclaration en présence de deux ou plusieurs personnes, au choix de l'offensé, à lui demander pardon, et à passer un acte de cette déclaration devant notaire et à ses dépens [2]. »

Le code a limité l'application de cette mesure au seul cas d'outrage envers les fonctionnaires dénommés aux articles 222, 224 et 225; mais, même ainsi restreinte, il importe d'en fixer le caractère : ce caractère est évidemment celui d'une peine; elle est prononcée, non point à la requête de la partie civile, mais d'office et sur les réquisitions du ministère public : ce n'est donc point une simple réparation civile, c'est une aggravation de la peine principale. Telle est aussi l'appréciation que la cour de cassation en a faite en déclarant : « que cette condamnation est autorisée dans les articles 226 et 227 comme une aggravation de la peine quand il y échet; qu'elle y est donc considérée comme ayant elle-même un caractère pénal [3]. » De cette peine découlent deux corollaires.

854. La réparation d'honneur étant une peine, il s'ensuit qu'elle ne peut être prononcée que sur les faits et dans les cas pour lesquels la loi l'a expressément ordonnée ou permise. Ainsi elle ne pourrait

[1] Farinacius, quæst. 105, nº 72.

[2] Traité des matières crim. t. 1, p. 116.

[3] Cass. 28 mars 1812, Bull. nº 77; 8 juill. 1813, Bull. nº 152.

être appliquée aux injures commises vis-à-vis des particuliers; elle ne pourrait l'être même aux outrages commis envers les fonctionnaires publics dans le cas prévu par l'article 6 de la loi du 25 mars 1822; car la loi pénale n'a autorisé cette condamnation que dans les seuls cas prévus par les articles 222, 223 et 225; et, en ne la renouvelant pas pour d'autres cas, même d'une nature identique, il est présumé l'avoir refusée [1].

Une deuxième conséquence du même principe est que le magistrat offensé ne peut, comme l'enseigne M. Carnot [2], dispenser le condamné de cette réparation, en déclarant qu'il y renonce. Ce n'est point en vue de la personne et dans l'intérêt du fonctionnaire outragé que la réparation est ordonnée, c'est en considération de la magistrature blessée par l'injure : le fonctionnaire outragé ne peut pas plus la remettre que l'amende et l'emprisonnement.

Cette peine est facultative : les juges ne doivent donc la prononcer que dans les cas les plus graves; mais c'est bien plus la nature de l'outrage que la gravité de la personne offensée qui doit en déterminer l'emploi. La commission du corps législatif avait proposé de réserver cette réparation en faveur des seuls magistrats offensés : « Il y a une grande différence, portait son rapport, entre un outrage fait à un magistrat séant en son tribunal, et celui fait, par exemple, à un huissier exécutant dans l'intérieur d'une maison un acte de son ministère; l'un est public, l'autre l'est peu, et le respect dû à l'autorité d'un administrateur, d'un juge, d'un maire, exige un degré de réparation de plus. Le cas sera très-rare à leur égard et très-commun pour les officiers ministériels. La réparation donnerait souvent lieu à de nouvelles injures, à des poursuites fréquentes. » Le conseil

[1] Cass. 20 juill. 1839, Bull. n° 241, portant que le tribunal qui a déclaré un prévenu non coupable du délit d'outrages commet un excès de pouvoir en blâmant hautement la teneur des lettres qui avaient motivé la poursuite, et que cette peine du blâme, écrite dans l'ancien droit, a été abolie par l'art. 35, tit. 1er du cod. pén. de 1791, et n'a pas été rétablie par notre code.

[2] Comm. du cod. pén. t. 1, p. 563.

d'État répondit à ces observations qu'il ne voyait pas de motif pour refuser la réparation aux officiers ministériels, et qu'il ne fallait pas que la loi elle-même les avilit en les plaçant en dehors de ses dispositions; l'article fut en conséquence maintenu.

Mais il est dans la nature d'une telle peine d'entraîner de grandes difficultés dans son exécution, car elle consiste dans une obligation de faire; et si le condamné refuse de se soumettre à cette obligation, il faut recourir à des mesures coercitives. Farinacius voulait qu'au cas de refus de sa part, une autre peine fût substituée à celle-là : *Si injurians non vult hanc veniam petere, nullo modo ipsi talis petitio injungenda est, præsertim si famæ et honoris restitutio aliter fieri potest.* D'après l'article 22 du titre 25 de l'ordonnance de 1670, les juges devaient faire au condamné trois différentes injonctions, après lesquelles ils pouvaient *le condamner à plus grande peine.* Les articles 226 et 227 ne font courir la peine d'emprisonnement qu'à dater de la réparation, ou, si le condamné n'est pas détenu, ils l'y contraignent par corps. Ce mode d'exécution est plus rigoureux, car il ne laisse pas le choix au condamné. Qu'adviendrait-il donc si celui-ci persistait à refuser la réparation? Serait-ce la justice qui fléchirait, ou, pour un délit léger, le condamné demeurerait-il éternellement en prison?

En résumé, cette peine est un débris d'un système pénal tombé que nos lois modernes n'auraient pas dû recueillir. Quelque modérés que soient les termes de la réparation, elle humilie le coupable au lieu de le corriger; elle allume les ressentiments qu'elle devrait apaiser. Est-elle nécessaire pour réparer l'outrage? Mais qu'est-ce donc que l'emprisonnement ou l'amende, sinon une réparation de ce délit? La société est satisfaite : l'aveu du coupable n'ajoute rien à l'expiation du délit. C'est une espèce de torture morale que notre législation aurait dû repousser.

855. En terminant cet examen des outrages adressés aux fonctionnaires publics, nous devons faire deux observations : la première est que nous avons dû limiter nos études aux dispositions mêmes du code, et ne nous occuper des lois qui sont intervenues postérieure-

ment sur la même matière, qu'autant que ces lois avaient touché ou modifié quelques-unes des dispositions de ce code. Nous nous sommes donc abstenus d'examiner, par exemple, la nature et les éléments des outrages commis envers certaines personnes qui, sans être fonctionnaires publics, agissent toutefois avec un caractère public : tels sont les membres des chambres législatives, les jurés et les témoins. La loi du 25 mars 1822, en introduisant ces incriminations nouvelles, n'a modifié nulle disposition du code, et il ne pouvait entrer dans notre plan de présenter le commentaire de cette loi spéciale.

Nous voulons, en second lieu, rappeler une règle générale qui doit s'appliquer à tous les délits qui ont fait l'objet de ce paragraphe, c'est qu'il n'y a point d'outrage quand il n'y a point eu d'intention d'outrager : *Injuria ex effectu facientis consistit.* Ainsi, lorsque l'agent a fait erreur de personne, ou lorsqu'il n'avait pas le dessein de faire une injure sérieuse, le délit ne peut lui être imputé : *Quarè si quis per jocum percutiat aut dùm certat, injuriarum non tenetur.* A la vérité, quand les paroles ou les gestes sont injurieux, l'intention coupable est présumée, et c'est au prévenu à justifier de sa bonne foi; mais cette preuve doit être admise, et elle efface le délit. Les anciens jurisconsultes ont longtemps disserté sur le point de savoir si l'ivresse ou la colère sont deux excuses de l'injure : nous avons apprécié précédemment (nos 260 et 262) la nature et les effets de ces deux causes impulsives des actions humaines; il suffira de rappeler que la colère et l'ivresse ne sont point, en général, des motifs de justification, mais peuvent devenir des circonstances atténuantes qui motiveraient seulement une diminution de la peine.

§ II.

Des violences commises envers les fonctionnaires publics.

856. La loi romaine avait prévu, ainsi qu'on l'a vu plus haut, deux espèces d'outrages, *verbis aut re* : l'outrage réel consistait dans les violences qui sont exercées sur la personne, *re quotiens*

manus inferuntur. Cette sorte d'injure était réputée atroce, *re atrocem injuriam haberi Labeo ait;* mais cette gravité du délit se graduait toutefois d'après la gravité des violences et des blessures, *vulneris magnitudo atrocitatem facit et nonnunquam locus vulneris veluti oculo percusso* [1]. L'injure restait classée parmi les injures atroces, quoique les violences fussent légères, *etiam sine pulsatione posse dici atrocem injuriam, personâ atrocitatem faciente* [2]; mais les peines se mesuraient sur la nature et les résultats des violences [3].

Ces distinctions ont été à peu près appliquées par notre code en matière d'outrages contre les fonctionnaires. Après avoir disposé sur l'outrage verbal, il passe aux outrages commis à l'aide de violences, et en fait l'objet de nouvelles dispositions. Ces violences sont classées, suivant leur criminalité ou plutôt suivant leurs résultats, en cinq catégories différentes, à savoir : celles qui n'ont point causé de blessures, d'effusion de sang ou de maladie; celles qui, sans laisser plus de traces, ont cependant été commises avec préméditation ou guet-apens; celles qui ont été la cause d'effusion de sang, de blessures ou de maladie; celles qui, ayant produit les mêmes résultats, ont été suivies de la mort de la victime dans les quarante jours; enfin, celles qui ont été commises avec l'intention de donner la mort. Nous allons successivement examiner chacune de ces incriminations.

857. Les articles 228, 229 et 230 sont relatifs aux violences non préméditées qui n'ont été suivies d'aucune blessure : la loi, en ce qui concerne ce premier degré des violences, et dans cette première hypothèse seulement, a gradué la peine d'après la qualité de la personne offensée. L'article 228 est ainsi conçu : « Tout individu qui, même sans armes, et sans qu'il en soit résulté de blessures, aura frappé un magistrat dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice, sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans. »

[1] L. 1, § 1, 7 et 8, Dig. de injuriis.

[2] L. 9, *ibid*

[3] L. 8 et 45, Dig. *ibid.*

Cette disposition a fait naître un doute grave sur la nature des violences qu'elle punit. Elle ne comprend, en effet, dans ses termes, que ceux qui ont *frappé* les magistrats. Or, quel est le sens de cette expression? A-t-elle eu pour but de définir l'espèce des violences punissables, en les restreignant aux coups portés? Est-elle, au contraire, démonstrative seulement de la nature des violences, et permet-elle dès lors de comprendre dans la même incrimination toutes les voies de fait du même genre? Cette question importante, puisque sa solution réagit sur toute cette section, exige quelques développements.

Qu'il nous soit permis de rappeler d'abord que la loi romaine avait distingué et énuméré plusieurs espèces de violences. En règle générale, l'injure *réelle* existait toutes les fois que les mains s'étaient portées sur la personne, *quotiens manus inferuntur* : mais ce n'était pas assez d'avoir posé cette règle; la loi avait cru nécessaire de prévoir les diverses sortes de violences. Est-ce une injure réelle que l'acte de violence qui ne touchait point immédiatement le corps, comme, par exemple, de saisir une personne par ses vêtements et de les déchirer? La loi le décidait formellement : *An et si non corpori utputà vestimentis scissis, comite abducto? Et ait Pomponius etiam sine pulsatione posse dici atrocem injuriam, personâ atrocitatem faciente* [1]. Fallait-il ranger dans la même catégorie les voies de fait légères qui ne causent nulle douleur et ne laissent aucune trace? La loi avait pris soin de le déclarer encore : *injuria in corpus fit cùm quis pulsatur* [2]; et la valeur de ce dernier mot était clairement déterminée : *pulsare est sine dolore cædere*. Les coups étaient à la fois définis : *Verberare est cum dolore cædere;* et la loi, en punissant ces diverses violences, les distinguait encore : *Lex Cornelia competit ei qui injuriarum agere volet ob eam rem quòd se pulsatum verberatumve* [3]

Il semble qu'en présence de textes aussi explicites, de distinctions aussi claires, le législateur était suffisamment averti d'énumérer et

[1], [2] et [3] L. 1 § 2, 5 § 1, 7 § 8 et 9, Dig. de injuriis et famosis libellis.

de définir les violences qu'il voulait atteindre ; or, il n'en a prévu et incriminé qu'une seule espèce, les coups et les blessures ; que faut-il en conclure, si ce n'est que les violences non accompagnées de coups ou de blessures restent dans la classe soit des outrages par gestes, soit des simples voies de fait ? L'article 228 n'a puni que l'action de *frapper;* les autres violences sortent donc de ses termes. Mais la cour de cassation n'a point adopté cette conséquence ; elle a craint que les violences plus légères que les coups ne fussent pas atteintes d'une peine proportionnée à leur gravité ; elle a voulu les comprendre dans les termes de l'article 228 ; elle a déclaré « que cette interprétation se déduit nécessairement de la combinaison des articles 228, 230, 231 et 232 du code pénal ; que le sens que l'on doit attacher au mot *frappé* est suffisamment déterminé par les expressions de *violences* dont il est parlé aux articles 230 et 231 ; et qu'il résulte notamment de l'article 232 qu'il y a assimilation parfaite entre les violences et les coups portés, et que ces violences et ces coups rentrent dans les dispositions dudit article 228, et dans l'acception du mot *frappé*, qui n'est que démonstratif[1]. »

858. Ce système d'interprétation ne nous semble pas pouvoir être adopté. Nous avons souvent eu l'occasion de rappeler cette maxime, presque banale par sa vérité, que toute incrimination doit être sévèrement renfermée dans son texte. (*Voy.* n° 19.) Or, quel est le fait prévu par l'article 228? C'est le seul fait de frapper, de porter des coups ; il ne s'agit, dans les termes de la loi, que d'une seule espèce de violences, que celles qui se manifestent d'une seule manière. Pour étendre à toutes les violences cette disposition si restrictive, que peut on alléguer? l'identité de raison? Mais, en la supposant, ce serait donc par voie d'analogie que la peine serait étendue d'un cas à un autre ; ce serait donc parce qu'un deuxième fait aurait une ressemblance plus ou moins exacte avec le premier, qu'on lui appliquerait une peine que nulle loi n'a prononcée à son égard : cette interprétation monstrueuse, proscrite en matière pénale, peut-elle encore être sérieusement

[1] Cass. 29 juill. 1826, Bull, n° 147.

invoquée? Au reste, l'analogie n'existe même pas, car au-dessous des coups et des blessures, qui seuls ont fait l'objet de la sollicitude de la loi, on ne trouverait que des violences légères et des voies de fait qui n'ont point la même gravité, et qui par conséquent ne mériteraient point les mêmes peines.

On prétend que l'article 228 se trouve expliqué par les art. 230 et 232 ; examinons ces articles. De l'article 230 nous ne citerons que cette seule phrase, la seule qui soit utile ici : *les violences de l'espèce exprimée en l'article* 228. Mais ces termes renferment en effet une explication complète, et les conséquences se pressent : l'article 228 n'a donc prévu qu'une seule espèce de violences, puisque l'article 230 le déclare hautement ; et dès lors les espèces qu'il n'a pas désignées restent étrangères à sa disposition. Ensuite, les violences incriminées par l'article 230 ne sont donc autres que les coups prévus par l'article 228, puisqu'elles sont de la même espèce ; d'où il suit que ce dernier article a eu pour but de définir, en les restreignant à une seule espèce, la nature des violences que le législateur voulait punir ; d'où il suit encore que ce terme générique de violence n'indique dans ces articles que les seuls coups portés.

L'article 232 oppose, dans le même contexte, le mot *coup* au mot *violence*, et de là la cour de cassation a conclu que ces deux termes exprimaient deux faits parfaitement analogues, quoique distincts. On pourrait se borner à répondre que ces deux mots sont employés dans cet article comme synonymes, et uniquement pour éviter une aride répétition ; mais nous concevons autrement le sens de cette disposition. Les art. 228 et 230 ont limité leur incrimination aux coups dont il ne résulte point de blessures. L'art. 231 prévoit les violences d'une nature plus grave, celles qui peuvent être la cause d'effusion de sang, de blessure ou de maladie. La loi ne s'occupe plus de la manière dont les violences sont exercées ; c'est leur résultat qu'elle atteint et qu'elle frappe : ces violences ne résident plus seulement dans les coups ; leur gravité se mesure uniquement aux conséquences qu'elles produisent ou qu'elles peuvent produire. Or, l'article 232 se réfère entièrement, son texte le déclare, à cette dernière classe de violences

prévues par l'article 231, et qui peuvent être la cause d'effusion de sang, de maladies ou de blessures. Lorsque ce résultat n'a pas lieu, la loi dégage de ces violences plus graves une seule espèce de violences, les coups portés, et elle les incrimine séparément. On ne peut donc induire de l'article 232 aucun argument pour élargir les limites des articles 228 et 230. Ce sont deux espèces distinctes, où les mêmes mots expriment des faits d'une gravité différente.

Nous devons ajouter maintenant que l'interprétation que nous proposons n'est que l'application d'une règle générale qui régit les crimes commis contre les particuliers. Ainsi les articles 309, 310 et 311 limitent également leurs incriminations aux coups et aux blessures; et la question s'est également élevée de savoir si les violences qui n'avaient pas laissé de traces, et qui n'étaient pas des coups, devaient être comprises dans leurs termes. La cour de cassation, plus fidèle aux principes quand elles n'étaient dirigées que contre les particuliers, a constamment jugé que les violences, quand elles ne sont accompagnées ni de coups ni de blessures, ne rentraient point dans l'application de ces articles, et ne pouvaient donner lieu qu'aux peines portées par l'art. 605 du code du 3 brumaire an IV, contre les *auteurs des voies de fait et de violences légères, pourvu qu'ils n'aient ni blessé ni frappé personne* [1]. Or, comment cette doctrine ne serait-elle pas la même dans les deux hypothèses? N'y a-t-il pas parfaite identité de motifs? A la vérité, les coups et les blessures constituent un acte plus grave quand ils sont dirigés contre des fonctionnaires dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, pourvu que, pour nous servir de l'expression d'un arrêt, ces coups et blessures soient alors tout à la fois un attentat à la sûreté particulière et un attentat à la sûreté publique [2]; mais si cette circonstance aggrave le crime, elle n'en change pas la nature; si la criminalité s'accroît, c'est à raison de la qualité de la personne

[1] Cass. 14 avr. 1821, Dall. t. 12, p. 970; 15 oct. 1813, Bull. n° 220; 10 oct. 1822, Bull. n° 141.

[2] Cass. 18 mars 1817, Bull. n° 20.

seulement : le fait reste le même dans les deux cas; la solution ne saurait donc être différente, sans une évidente contradiction.

En résumé, il faut conclure, soit du texte précis et formel de l'article 228, soit des rapports qui unissent cet article aux articles qui le suivent, soit enfin du système général du code, que les coups portés sont les seules violences qu'il ait voulu prévenir. Les violences plus légères et les voies de fait sont rejetées, soit parmi les outrages par gestes, soit parmi les excès et les rixes qui font la matière de l'article 605 du code du 3 brumaire an IV.

[[Cette interprétation a été en dernier lieu confirmée par la cour de cassation. Un arrêt de la cour impériale de Toulouse, chambre des appels correctionnels, avait fait application des articles 228 et 230 à un individu accusé d'avoir craché au visage d'un officier ministériel. Cet arrêt a été cassé, « attendu qu'il résulte des art. 228 et 230 que le délit qu'ils spécifient ne peut exister qu'autant que des coups ont été portés; que le fait outrageant de cracher à la figure de quelqu'un ne peut être assimilé à l'action de frapper, qui, par elle-même, implique l'idée de coups portés; que si, vis-à-vis d'un simple particulier, il constitue, non le délit prévu par l'art. 311, mais la violence légère de l'art 605, n° 8, du Code du 3 brum. an IV, ce même fait, lorsqu'il s'adresse à un officier ministériel dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, ne saurait également constituer l'espèce de violence exprimée aux art. 228 et 230; mais qu'on y rencontre tous les caractères de l'outrage fait par gestes à tout officier ministériel, délit prévu par l'article 224; que dès lors l'arrêt attaqué, en décidant en droit que l'acte outrageant ci-dessus spécifié était prévu et puni par les art. 228 et 230, a fait une fausse application de ces articles [1]. »]]

859. Reprenons maintenant le texte de l'article 228. Il importe peu que le coupable ait été armé ou sans armes : la loi n'a point fait de cette circonstance une circonstance aggravante; mais il importe que des coups portés il ne soit point résulté de blessures, car ces

[1] Cass. 3 janv. 1855, Bull. n° 4.

blessures, ajoutant à la gravité des coups, les rendraient passibles des dispositions pénales de l'art. 231. Il semble inutile de rappeler ensuite que l'article se réfère nécessairement à l'article 222 pour la définition du mot *magistrat;* nous n'ajouterons donc rien aux explications que nous avons données sur ce point. Nous ne répéterons point également que l'article n'est applicable qu'autant que les violences ont été commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions du magistrat : cette règle est commune à toutes les dispositions de ce chapitre [1].

L'article 232 punit les coups de la peine de la reclusion, lorsqu'ils ont été portés avec préméditation ou de guet-apens. De là M. Carnot a conclu que dans l'espèce de l'article 228 il ne s'agissait que des coups portés dans un premier mouvement de colère. Cette opinion, qui restreindrait singulièrement l'application de l'article 228, ne nous paraît pas fondée. Les coups que prévoient les articles 228 et 232 ne sont pas de la même nature ; ce dernier article se réfère à l'art. 231, qui ne s'occupe que des violences susceptibles de causer des blessures, des maladies, ou une effusion de sang ; ce sont ces violences, plus graves que celles prévues par l'article 228, pour lesquelles l'article 232 réserve la peine de la reclusion, dans le cas même où elles n'ont pas produit de résultat matériel, lorsque du moins la circonstance de la préméditation ou du guet-apens les accompagne encore. L'art. 228 ne se trouve donc nullement modifié par cet article, les deux hypothèses sont différentes, et les coups qu'il prévoit et punit rentrent également dans sa disposition, soit qu'ils aient été portés dans un premier mouvement ou avec préméditation.

860. Le deuxième paragraphe de l'article 228 porte : « Si cette voie de fait a eu lieu à l'audience d'une cour ou d'un tribunal, le coupable sera en outre puni de la dégradation civique. » Il est évident que ce paragraphe se réfère nécessairement à la première partie de l'article, quant à la nature de la voie de fait ; et en ce qui concerne les délits commis à l'audience, nous n'ajouterons rien à nos explica-

[1] Cass. 12 juin 1851, Bull. n° 215.

tions relatives au deuxième paragraphe de l'article 222. La peine portée par le code de 1810 était le carcan ; la loi du 28 avril 1832, en substituant la dégradation civique au carcan, a de plus ajouté les mots *en outre* dans le paragraphe qui fait l'objet de notre examen. Cette addition a fait cesser un scandale qui s'était plusieurs fois reproduit. Il résultait, en effet, de la gradation vicieuse des peines portées par les articles 223 et 228, que l'outrage par paroles, par gestes ou par menaces, commis envers un magistrat en l'audience d'un tribunal, faisait encourir à son auteur un emprisonnement qui pouvait s'élever soit à deux, soit à cinq ans, et que si le coupable s'était emporté jusqu'à frapper le magistrat, la peine du carcan lui était seule applicable. On citait, dès lors, des exemples d'individus qui, prévenus d'avoir outragé un magistrat à l'audience, se récriaient qu'ils l'avaient aussi frappé; ils préféraient le carcan à l'emprisonnement. Au reste, on doit remarquer que cette rectification n'a fait qu'appliquer une proposition faite par la commission du corps législatif, lors de la rédaction du code pénal : « Il convient, portait le rapport de cette commission, d'ajouter à l'énonciation de la peine du carcan ces mots : *outre l'emprisonnement*. On pensera sans doute que l'emprisonnement doit être uni ici au carcan; cette dernière peine ne serait rien pour un vagabond ou un inconnu qui aurait été soldé pour commettre le délit, ou pour un homme sans pudeur ni moralité, qui se promènerait paisiblement après avoir subi son heure d'exposition [1]. » Cet amendement fut alors rejeté par le double motif que nulle part les peines correctionnelles et les peines criminelles n'ont été réunies, et que le carcan, emportant l'infamie, a des suites bien plus graves que la surveillance. Ces motifs ne répondaient nullement à l'objection.

861. Aux peines de l'emprisonnement et de la dégradation civique, portées par les deux paragraphes de l'article 228, l'art. 229 ajoute une nouvelle peine; cet article est ainsi conçu : « Dans l'un et l'autre des cas exprimés en l'article précédent, le coupable pourra

[1] Procès-verbaux du cons. d'État, séance du 9 janv. 1810.

de plus être condamné à s'éloigner, pendant 5 à 10 ans, du lieu où siége le magistrat, et d'un rayon de deux myriamètres. Cette disposition aura son exécution à dater du jour où le condamné aura subi sa peine ; si le condamné enfreint cet ordre avant l'expiration du temps fixé, il sera puni du bannissement. »

Cette interdiction locale et temporaire doit être considérée comme une peine : ce n'est point une satisfaction attribuée au magistrat offensé, mais une garantie donnée à la société elle-même ; c'est en vue du délit et non de la victime que le coupable est éloigné du lieu où il l'a commis. On ne pourrait donc décider, comme le fait M. Carnot, que le décès du magistrat avant l'expiration du délai de cette interdiction la fait tomber de plein droit ; la peine est indépendante de son existence et même de son changement de résidence. Cette mesure ne s'applique qu'aux seuls agents qui ont frappé un magistrat sans que les coups aient produit des blessures : la raison de cette restriction est qu'à l'égard des officiers publics et des autres agents de l'autorité, le délit étant moins grave n'exigeait pas les mêmes mesures répressives; et, relativement aux violences plus graves que les simples coups, que ces violences étant punies d'une peine afflictive et infamante, la mesure de l'interdiction locale eût fait un double emploi avec la peine accessoire de la surveillance. Enfin, cette peine est purement facultative ; les juges doivent la réserver pour les circonstances les plus graves, et attendre que la sûreté publique en sollicite l'application.

L'interdiction d'un lieu déterminé ne trouvait d'exemple dans la législation que dans l'article 635 du code d'instruction criminelle, relatif aux contumax qui ont prescrit leur peine; mais cette peine accessoire se trouve aujourd'hui formulée, en quelque sorte, en règle générale par l'article 44 du code revisé, qui permet d'interdire aux condamnés à la surveillance l'accès de certains lieux. Toutefois il existe ces différences entre la disposition générale et la règle spéciale, que les mêmes mesures n'en dérivent pas à l'égard du condamné, et que l'infraction du ban, dans le cas de l'article 229, est punie non pas d'un simple emprisonnement, mais de la peine du bannissement.

862. Les violences, de même que les outrages par paroles, sont punies d'une peine différente, suivant qu'elles sont exercées contre des magistrats ou d'autres officiers publics. Cette dernière hypothèse est prévue par l'article 230, qui est ainsi conçu : « Les violences de l'espèce exprimée en l'article 228, dirigées contre un officier ministériel, un agent de la force publique, ou un citoyen chargé d'un ministère de service public, si elles ont eu lieu pendant qu'ils exerçaient leur ministère ou à cette occasion, seront punies d'un emprisonnement d'un mois à six mois. »

Le délit prévu par cet article est le même que celui que l'article 228 a puni : la qualité des personnes qui en sont l'objet a seule changé. Ainsi cet article ne doit s'appliquer qu'aux individus qui ont frappé les officiers qu'il désigne, sans que les coups aient causé des blessures ; car il s'agit dans l'un et l'autre cas de violences de la même espèce. Ainsi cette application est subordonnée à la condition que l'officier ait été frappé dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Il ne nous reste donc qu'un seul point à examiner : quelles sont les personnes publiques auxquelles s'étend l'article 230? Nous ne répéterons point la définition que nous avons donnée précédemment des officiers ministériels et des agents de la force publique; mais une question nouvelle se présente ici : que faut-il entendre par ces mots, *un citoyen chargé d'un ministère de service public?* Il est difficile d'attacher un sens précis à une expression aussi vague, et que le législateur a jetée ici en quelque sorte au hasard, puisqu'il ne la reproduit nulle part ailleurs ; toutefois elle doit être entendue avec de certaines restrictions. Les violences qui font l'objet de ce chapitre ne prennent un caractère de gravité plus élevé que si elles étaient commises sur de simples particuliers, que parce que, exercées sur des personnes publiques, elles constituent en quelque sorte un attentat à la sûreté générale : il suit de là qu'il faut nécessairement limiter l'application des termes dont la loi s'est servie, aux individus qui sont dépositaires à un certain degré de l'autorité publique, et contre lesquels les violences exercées compromettaient la sûreté publique. La cour de cassation a appliqué cette formule singulière aux gardes qui sont chargés de surveiller l'évacuation des lots de bois

d'affouage : il lui a paru que ces gardes, qui n'avaient plus alors que leurs fonctions d'agents de la force publique, devaient du moins être considérés comme chargés d'un ministère de service public [1]. [[Elle l'a appliquée encore aux gardes champêtres des communes, lorsqu'ils agissent pour l'exécution des arrêtés de l'autorité municipale [2]; aux gardes des particuliers eux-mêmes [3]; aux gardiens des maisons centrales de détention [4]; aux surveillants jurés de la pêche [5].]]

863. Les violences dont nous avons parlé jusqu'ici, définies par l'article 228, ne sont, ainsi que nous l'avons remarqué, que des coups portés sans qu'il en soit résulté de blessures. Parmi les violences légères et les voies de fait qui ne laissent nulle trace après elles, la loi a dû n'incriminer et ne punir que les coups, qui sont la plus grave de ces voies de fait. Ces violences vont prendre maintenant un caractère plus dangereux, et la loi va cesser aussitôt de limiter son incrimination à une seule de leurs espèces. Dès qu'elles ont laissé une trace sanglante, dès qu'elles ont produit un résultat matériel et appréciable, leur gravité les fait rentrer dans la disposition de la loi, quelle que soit la manière dont elles aient été occasionnées. C'est dans ce sens que doit être compris l'article 231, qui porte : « Si les violences exercées contre les fonctionnaires et agents désignés aux articles 228 et 230 ont été la cause d'effusion de sang, blessures ou maladie, la peine sera la reclusion ; si la mort s'en est suivie dans les quarante jours, le coupable sera puni des travaux forcés à perpétuité. »

Les violences prévues par cet article sont donc toutes celles qui ont pu produire des blessures ou maladies ; la loi n'en définit plus l'espèce, ne limite plus l'acception du terme qu'elle emploie. Ce n'est plus d'ailleurs la nature des violences qu'elle considère, mais leur ré-

[1] Cass. 4 août 1826, Bull. n° 149.
[2] Cass. 2 mai 1839, Bull. n° 142.
[3] Cass. 16 déc. 1841, Bull. n° 356.
[4] Cass. 11 févr. 1842, Bull. n° 25 ; Dev. 42. 1. 726.
[5] Cass. 12 mars 1842, Bull. n° 61 ; Dev. 42. 1. 511.

sultat ; ce n'est pas l'intention ou la combinaison du crime, mais l'événement : les moyens employés lui sont indifférents ; elle cesse d'en faire une condition de son incrimination ; elle ne voit que les conséquences matérielles.

En suivant ce système, la loi attribue aux mêmes violences, au même fait, un double caractère, suivant qu'elles ont été suivies de blessures, ou que ces blessures ont entraîné la mort. Nous allons examiner ces deux dispositions ; mais il n'est pas inutile de faire remarquer d'abord que le code confond ici dans une protection commune les fonctionnaires et agents qu'il avait séparés dans les art. 228 et 230, mais que la règle qui restreint cette garantie spéciale aux faits commis dans les fonctions ou à l'occasion des fonctions est toujours subsistante, quoique l'article 231 ne l'ait pas rappelée, et domine son incrimination comme toutes les dispositions de cette matière. Ainsi la qualité de la personne outragée et la relation de la voie de fait avec la fonction doivent donc être également constatées ici [1].

La loi a confondu dans la même disposition toutes les violences qui peuvent être la cause d'effusion de sang, blessures ou maladie : nulle distinction n'a été faite entre ces diverses violences. La séparation établie par l'article 309 entre les blessures qui ont produit une maladie ou incapacité de travail de plus de vingt jours, et celles qui n'ont causé qu'une maladie de quelques jours, n'a point été transportée ici ; que les blessures soient graves ou légères, qu'elles aient entraîné de longues souffrances et même la perte d'un membre, ou la simple effusion de quelques gouttes de sang, la peine est uniforme, le crime est le même aux yeux de la loi. Elle ne s'est attachée qu'à un résultat matériel quelconque, en faisant abstraction de la gravité même de ce résultat, excepté le seul cas de la mort. Quant au but des violences, quant à la volonté criminelle, elle ne s'en est point occupée ; il suffit que ces blessures ne soient point accidentelles, que l'agent ait eu l'intention de les faire avec la connaissance de la qua-

[1] Cass. 12 juin 1851, Bull. n° 215.

lité de la personne sur laquelle il les exerçait. Ainsi la cour de cassation a pu juger, sans qu'on puisse critiquer cet arrêt, que l'application de cet article ne saurait être modifiée par le but dans lequel les violences ont pu être exercées, et qu'elles sont également criminelles, soit qu'elles aient eu pour objet la résistance à un acte de l'autorité publique, soit qu'elles n'en aient eu d'autre que d'insulter les agents commis à l'exécution de cet acte [1]. Les seules circonstances dont la réunion soit nécessaire pour donner lieu à la peine de reclusion sont que les violences aient été volontairement exercées, que ces violences aient été cause d'effusion de sang, de blessures ou de maladie, enfin qu'elles aient été exercées pendant que l'officier remplissait les devoirs de son ministère ou à cette occasion [2].

864. La peine s'élève aux travaux forcés à perpétuité, lorsque la mort a suivi les violences dans les quarante jours. L'article primitif du code ne portait point après les mots : *si la mort s'en est suivie*, ceux-ci : *dans les quarante jours*. La commission du corps législatif proposa cette addition, en se fondant sur ce que si l'individu blessé, après avoir survécu plus de quarante jours aux blessures ou aux coups, succombait plus tard à la suite d'une autre maladie, on pourrait en attribuer la cause à ces coups et blessures, en sorte que l'auteur de ceux-ci pourrait rester pendant un temps indéfini avec le poids d'une responsabilité terrible et l'attente d'une peine qui dépendrait d'un événement incertain. Ces considérations firent adopter cet amendement [3].

Mais il faut qu'il soit bien établi que la mort ait été le résultat nécessaire des violences exercées; car l'accusé ne saurait devenir responsable d'un malheur qui ne serait pas une conséquence directe de son action. Cette observation, évidente par elle-même, fut d'ailleurs formellement exprimée dans les discussions du conseil d'État.

[1] Cass. 21 mai 1811, Sir. t. 12. 1. p. 135.
[2] Cass. 6 avr. 1826, Bull. n° 47.
[3] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 9 janvier 1810.

Un membre (M. Defermon) fit remarquer que ces mots, *si la mort s'en est suivie*, pourraient faire appliquer la disposition à l'auteur des violences, même lorsque la mort ne serait que l'effet d'une maladie naturelle, mais survenue après l'événement. M. Berlier répondit « que ceux qui interpréteraient ainsi l'article se méprendraient à plaisir, mais qu'on peut rendre la disposition plus claire, en restreignant son effet aux violences qui *ont été la cause* des maladies. » L'article fut adopté avec cette explication [1]. On peut en effet admettre, avec le législateur, que l'agent porte la responsabilité des suites nécessaires de son action; mais on ne peut lui imputer sans injustice un événement involontaire, une mort accidentelle arrivée à la suite des violences, mais dont celles-ci n'ont pas été la cause nécessaire. En posant une autre règle, « vous rendez, a dit un savant professeur, l'auteur de la blessure responsable de toutes les altérations qui peuvent survenir dans la constitution du blessé; vous le rendez responsable de complications que l'art ne saurait ni prévoir ni empêcher: l'art, disons nous; mais si le blessé a été abandonné à des mains inexpérimentées, vous faites une victime par les lois pour venger une victime de l'ignorance [2]. » La maxime qui domine en général la loi pénale est: l'intention est la mesure du crime, *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. Et la loi romaine avait appliqué cette maxime en termes explicites à l'égard des coups et blessures: *Divus Hadrianus rescripsit eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicidâ damnandum* [3]. Le code pénal déroge ici à ce principe qui a été puisé dans le for de la conscience: c'est dans l'événement et non dans la volonté seule que le crime puise son caractère; mais du moins il faut admettre que cet événement doit être la suite nécessaire, immédiate de l'action; car il

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 12 août 1809.

[2] Essais sur le cod. pén., p. 80.

[3] L. 1, Dig. ad leg. Corn. de sicariis.

serait trop injuste d'aggraver la peine à raison d'un accident entièrement indépendant de la volonté de l'agent, entièrement étranger à son action.

Il faut donc, pour l'existence du crime, non-seulement que le jury déclare que la mort a suivi les violences dans les quarante jours, mais encore qu'elle a été la suite et le résultat nécessaire de ces violences. Cette circonstance constitutive du crime doit être réunie aux trois premiers éléments que nous avons énumérés tout à l'heure, et qui sont nécessaires pour l'application de la peine de la reclusion; celle des travaux forcés à perpétuité, que la loi du 28 avril 1832 a substituée dans cet article à la peine de mort, ne peut donc être prononcée qu'autant que ces quatre conditions distinctes se trouveront à la fois constatées [1].

865. L'article 231 ne distingue point si les violences qu'il punit ont été commises avec ou sans préméditation; il réunit dans sa disposition toutes les violences qui ont été la cause d'effusion de sang, de blessures ou de maladie. Mais si ce résultat matériel n'a pas eu lieu, fidèle à la distinction déjà établie par l'article 228, il sépare parmi les violences celles qui se manifestent par des coups et celles qui consistent dans d'autres voies de fait : les premières sont seules assimilées aux violences suivies de blessures ou de maladie, lorsqu'elles sont exercées avec préméditation. Tel est l'objet de l'art. 232, ainsi conçu : « Dans le cas même où ces violences n'auraient pas causé d'effusion de sang, blessures ou maladie, les coups seront punis de la reclusion, s'ils ont été portés avec préméditation ou de guet-apens. » Nous ne ferons sur cet article qu'une seule observation, c'est qu'il se réfère évidemment à l'article 231 pour la nature des violences qu'il prévoit. De là il suit qu'il est nécessaire que les coups portés aient été de nature à causer une effusion de sang, des blessures ou une maladie; car ce ne sont que des coups de cette espèce qui font l'objet de l'article 231. Quant aux circonstances de préméditation et de guet-apens, elles sont définies par les articles 297 et 298; les

[1] Cass. 6 avr. 1820, Bull. nº 47.

autres conditions de crime sont également applicables aux articles 231 et 232.

866. Enfin, le législateur prévoit le cas le plus grave, celui où les coups et les blessures, qu'ils aient ou non causé la mort, ont été portés avec l'intention de la donner ; et, fidèle à son système d'aggravation, il prononce, au lieu de la peine des travaux forcés perpétuels, peine commune de ce crime, la peine de mort. L'article 233 porte : « Si les coups ont été portés ou les blessures faites à un des fonctionnaires ou agents désignés aux articles 228 et 230, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, avec intention de donner la mort, le coupable sera puni de mort. »

Cet article a été rectifié par la loi du 28 avril 1832 ; il était ainsi rédigé : « Si les blessures sont du nombre de celles qui portent le caractère du meurtre, le coupable sera puni de mort. » Ces expressions vagues et obscures avaient soulevé beaucoup de difficultés. On avait demandé dans quel cas les blessures avaient le caractère du meurtre, et la réponse de M. Carnot, qui enseignait qu'elles avaient ce caractère quand elles étaient faites *dans le dessein de tuer*, avait éprouvé une vive contradiction. La loi nouvelle n'a fait qu'adopter cette interprétation ; mais elle a en même temps exagéré la sévérité du code lui-même en ce que celui-ci exigeait du moins qu'il y eût des *blessures* faites, tandis que, d'après le nouveau texte de l'article, les simples *coups* portés avec l'intention de tuer seront punis de la peine de mort. Le nouvel article a également ajouté ces mots : *faites à l'un des fonctionnaires ou agents désignés aux articles 228 et 230, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions*. La raison de cette addition est que cet article ayant été voté isolément et en absence de ceux qui le précèdent, on a cru nécessaire d'y rappeler les diverses conditions constitutives du crime. Mais elle était inutile, puisque cet article, comme l'article 232, se réfère à l'article 231 qui renferme l'énumération de ces éléments.

L'article 233 peut donner lieu, comme l'article 231, à une critique fondée. Son vice est de comprendre dans la même pénalité des faits inégaux par leur valeur morale et leurs résultats matériels ; en

effet, les blessures les plus graves et les simples coups portés avec le dessein de tuer, l'attentat à la vie du fonctionnaire, commis avec ou sans préméditation, de guet-apens ou dans un premier mouvement, le meurtre ou l'assassinat, tous ces faits si distincts et que la loi pénale a distingués quand ils sont dirigés contre de simples particuliers, sont punis d'une peine commune, et cette peine est inflexible et sans degrés qui permettent de la proportionner aux diverses nuances du crime. C'est là un vice que le législateur pouvait facilement éviter en introduisant dans cette section, tout en aggravant les pénalités, les diverses distinctions qu'il a lui-même établies dans la répression des crimes contre les personnes.

Du reste, il est essentiel, pour l'application de cet article, que la question relative *au dessein de tuer* soit posée au jury et affirmativement résolue : cette circonstance est constitutive du crime, elle forme seule la différence qui sépare les articles 231 et 233 ; car il n'est pas nécessaire, pour constituer le crime prévu par le premier de ces articles, que l'auteur des coups qui ont donné la mort ait eu le dessein de tuer, il suffit que les coups aient été portés volontairement. Cette volonté ne suffit plus dans l'espèce de l'article 233 ; soit que les coups aient ou non donné la mort, il faut qu'ils aient été portés avec l'intention de la donner, pour l'existence de ce dernier crime.

[[Cette doctrine a été confirmée par un arrêt qui, statuant sur un moyen tiré de la violation de l'article 233, a rejeté le pourvoi, « attendu que la tentative d'homicide volontaire emporte nécessairement de la part de son auteur la volonté de donner la mort ; d'où il suit que celui qui est déclaré coupable d'avoir commis une tentative d'homicide volontaire est dans la même position que celui qui a porté des coups ou fait des blessures avec intention de donner la mort, et que l'aggravation de peine portée par l'article 233 doit lui être appliquée lorsqu'il est constant que le crime a été commis envers un agent de la force publique dans l'exercice de ses fonctions[1]. »]]

[1] Cass. 13 juillet 1813, Bull. n° 178.

867. Nous avons achevé de retracer les caractères des violences dont les fonctionnaires peuvent être l'objet dans l'exercice de leurs fonctions; ces violences sont, d'après les termes mêmes de la loi, de deux espèces : les coups qui ne laissent point de blessures, et les violences de toute nature qui ont engendré une effusion de sang, des blessures, une maladie. Ces deux espèces de violences diffèrent par leur caractère propre, là restreint, ici illimité, et par leur gravité intrinsèque; là, ce n'est qu'une insulte plus ou moins grave; ici, c'est une attaque contre la sûreté de la personne. Mais, dans l'une et l'autre hypothèse, une question grave surgit et peut modifier l'application des peines en même temps qu'altérer la nature du délit. Il s'agit de savoir si ces violences doivent trouver une excuse dans les violences elles-mêmes du fonctionnaire, si la provocation qui atténue les coups et les blessures commis envers les particuliers cesse de constituer une excuse, quand ces blessures et ces coups sont portés contre des fonctionnaires. La cour de cassation n'a point hésité à déclarer, par deux arrêts successifs qui semblent former une règle dans sa jurisprudence, que le meurtre commis sur un agent de la force publique n'était point excusable, quoiqu'il eût été provoqué par des violences graves [1]; de même qu'elle a déclaré que l'outrage ne peut être excusé ni par l'irrégularité des actes de l'agent, ni même par sa provocation [2]. Nous sommes forcés, à raison de l'importance de la question et de la nécessité d'en sonder toutes les difficultés, de rapporter la plus grande partie des motifs de ces arrêts, quoiqu'ils soient très-développés.

Ces motifs sont : « que les dispositions de l'article 321 n'ont pas été insérées dans le code, comme celles qui concernent la démence, la force majeure et l'âge de l'accusé, dans un titre général et préliminaire commun à toutes les parties dont le code se compose ; que cet article a été classé dans le code pénal sous le titre *des crimes et délits contre les particuliers;* que l'application de ses dispositions

[1] Cass. 13 mars 1817, Bull. p. 51, et 8 avr. 1826, Bull. p. 184.
[2] Cass. 28 août 1841, Bull. n° 264.

est limitativement déterminée par le titre ; qu'elle ne peut donc être faite qu'aux meurtres et aux actes de violence commis sur des individus sans caractère public ou agissant hors de l'exercice de ce caractère ; que les excès commis sur les agents de la force publique dans l'exercice de leurs fonctions ont été l'objet, dans le code pénal, de dispositions distinctes et séparées de celles relatives aux excès commis sur des particuliers ; que dans ce paragraphe tous les genres de blessures et d'excès qui peuvent être commis sur des agents de l'autorité et de la force publique dans l'exercice de leurs fonctions, ont été déterminés ; qu'ils y sont punis plus rigoureusement que ne le sont, dans le titre *des crimes et délits contre les particuliers*, les crimes et délits de la même espèce ; que ceux-ci, en effet, ne blessent que la sûreté individuelle, et que les autres sont tout à la fois un attentat à la sûreté particulière et un attentat à la sûreté publique ;... que ce serait donc ajouter à la loi, et violer son texte, que d'admettre dans une accusation de meurtre ou de violences commis envers un agent de la force publique dans l'exercice de ses fonctions, l'exception atténuante d'une prétendue provocation violente que ledit article 321 n'a établie que relativement aux meurtres et aux violences commis sur des particuliers ; que ce serait également violer l'esprit de la loi que d'étendre par induction cette exception d'un cas à un autre, quand, ne l'énonçant que pour un cas, le législateur l'a nécessairement exclue dans l'autre ; que d'ailleurs il n'est pas permis d'argumenter d'un cas moins grave à un cas plus grave, pour étendre à celui-ci des dispositions favorables qui n'ont été créées que pour celui-là, et que le code pénal a signalé, par la différence des peines qu'il a ordonnées, la différence de gravité que la raison et l'intérêt social établissent entre des excès commis sur des particuliers et ceux qui sont commis sur les agents de l'autorité, dans les fonctions relatives au maintien de l'ordre public ; que si, dans ces fonctions, ils se rendent eux-mêmes coupables de violences criminelles, la loi a pourvu à la vengeance du citoyen injustement offensé ou maltraité ; que l'article 186 a sévèrement puni cet abus de la force et de l'autorité, mais... que le dépositaire de la force publique est toujours présumé, lorsqu'il

agit au nom de la loi, ne faire que ce qu'elle lui prescrit ou lui permet; que ce n'est pas aux individus sur lesquels il exerce ses fonctions à se rendre juges de cet exercice, et moins encore à les réprimer; qu'aux seuls magistrats de la loi appartient ce pouvoir. »

Ces différents motifs se résument dans deux arguments : le premier est puisé dans la place que l'article 321 occupe dans le code; cet article est classé parmi *les crimes et délits contre les particuliers*, et l'on en tire la conséquence qu'il doit rester étranger aux crimes et délits commis contre les fonctionnaires publics. Toutefois ce n'est pas dans le code pénal qu'on peut invoquer sérieusement, et comme une raison décisive, la classification des matières et la rubrique des chapitres. On sait que si ce code s'est tracé des divisions, il ne les a point suivies avec exactitude, et que dans un grand nombre de cas, d'ailleurs, les dispositions relatives aux crimes particuliers et aux crimes publics se prêtent un mutuel appui [1]. La question doit, ce nous semble, se dégager de ces étroites arguties et se placer sur un terrain plus élevé.

868. Si les règles relatives à la provocation et à la légitime défense ont été placées sous le titre de crimes et délits contre les particuliers, c'est que sous ce titre se trouvent placées en même temps les règles générales relatives aux crimes contre les personnes; c'est que les violences contre les particuliers, plus communes, donnent lieu à une application plus fréquente de ces dispositions. Mais l'admission de ces excuses n'est point une arbitraire concession du législateur, qu'il puisse joindre à une espèce de crimes contre les personnes et séparer d'une autre espèce; elles tiennent aux entrailles mêmes de ces crimes, elles en modifient essentiellement la valeur morale, elles altèrent par conséquent le degré de responsabilité de l'agent. Quelles que soient les personnes contre lesquelles les violences s'exercent, leur criminalité intrinsèque n'est pas la même, et varie suivant qu'elles ont été exercées avec préméditation ou dans un premier mouvement, qu'elles ont été provoquées par une injuste agres-

[1] *Voy.* nos observations sur ce point, t. 2, p. 3 et suiv., nº 302.

sion, ou qu'elles ont eu enfin pour but la défense légitime de soi-même. La qualité du fonctionnaire peut, comme nous le dirons tout à l'heure, établir une sorte de présomption en sa faveur; mais quand cette présomption est détruite par les faits, quand les violences provocatrices sont constatées, comment séparer la provocation du fait incriminé, comment punir une action sans la considérer avec toutes les circonstances qui la constituent? La loi qui ferait une telle distinction, qui frapperait un acte en faisant abstraction des circonstances dans lesquelles il est intervenu, qui verrait le crime et refuserait de voir l'excuse, cette loi serait injuste et monstrueuse; car elle n'atteindrait pas le crime réellement commis, mais un crime imaginaire et conventionnel.

A la vérité, la loi a fait une exception à cette doctrine à l'égard du parricide, qui, aux termes de l'article 323, n'est jamais excusable; mais cette seule exception, que le code a d'ailleurs formellement exprimée, est fondée sur des motifs particuliers : il a paru au législateur que le fils, même provoqué par les violences de son père, ne devait jamais trouver dans ces violences une excuse de son attentat; qu'aucun motif ne pouvait l'autoriser à lever une main parricide sur son père; qu'une provocation même injuste laissait subsister dans ce cas spécial un crime tel que la plus forte des peines n'a pas semblé trop forte pour le punir. Mais ces motifs, qui sont puisés dans le lien du sang qui unit le père et le fils, dans le respect filial que la nature a gravé dans le cœur de celui-ci, pourraient-ils être invoqués quand il s'agit des violences exercées sur un gendarme ou sur un garde champêtre? Faudrait-il admettre que le respect dû à ces agents de la force publique rende sans excuse les excès dont ils ont pu être l'objet, même quand ils les ont provoqués par leurs propres excès? A la différence du père, dont l'amour filial doit voiler jusqu'aux égarements, et qui reste père lors même qu'il est injuste, l'autorité du fonctionnaire n'a droit au respect et n'existe même que quand elle s'exerce dans ses limites légales; n'invoquez plus ce respect quaud il se livre à d'injustes violences, car ce serait outrager l'autorité elle-même, qui ne peut être compromise par les excès de ses agents. La

loi, en limitant au seul parricide la disposition de l'article 323, a donc fait une sage distinction, et par cela seul livré les crimes dont les fonctionnaires publics peuvent être l'objet aux règles du droit commun.

869. Cette intention de la loi va devenir plus évidente encore. Une nuance quelquefois imperceptible sépare l'excuse de la provocation, et le fait justificatif de la légitime défense : les mêmes coups peuvent être invoqués par le prévenu comme une excuse ou comme un moyen de justification, suivant qu'ils ont plus ou moins mis la personne en péril et menacé sa vie. Si l'on repousse, dans l'espèce, l'excuse de la provocation, il faut donc repousser celle de la légitime défense; car elles s'appuient sur les mêmes motifs, et l'article 328 est placé, comme l'article 321, au titre des crimes contre les particuliers. Or, soutiendrait-on que la personne dont la vie serait sérieusement menacée par un agent de la force publique n'aurait pas le droit de se défendre? La cour de cassation elle-même n'a pas porté jusqu'à ce point la conséquence de son principe, et elle a reconnu hautement que la question de la légitime défense pouvait être proposée dans notre espèce par le prévenu, et que la solution de cette question en sa faveur entraînait son acquittement : « attendu, porte cet arrêt, qu'il résulte du procès-verbal des débats qu'après la position des questions par le président, les accusés ayant formellement conclu à ce qu'il fût demandé aux jurés, par une question nouvelle et spéciale, si les accusés n'avaient pas agi en légitime défense en repoussant les gendarmes qui avaient tiré les premiers, la cour d'assises rendit un arrêt par lequel, sans avoir égard à la demande des accusés, elle ordonna que les questions resteraient posées telles qu'elles l'avaient été par le président; attendu qu'en rejetant, comme elle en avait le droit, la demande des accusés tendante à poser une question de légitime défense, et en maintenant les questions telles qu'elles avaient été proposées par le président, la cour d'assises n'a point donné de motif de sa décision; que cette infraction est d'autant plus grave que la question proposée par les accusés tendait à dépouiller du caractère criminel l'acte d'accusation et aurait procuré leur acquittement, si

elle avait été répondue affirmativement [1]. » La cour de cassation admet donc que la question de la légitime défense peut être posée au jury; or, cette question se confond dans beaucoup de cas avec celle de la provocation; elle dérive des mêmes causes, elle se fonde sur les mêmes raisons; il est impossible de distinguer entre ces deux faits d'excuse, d'admettre l'un et de répudier l'autre; la question est parfaitement identique dans les deux cas; cet arrêt est donc une réfutation complète des deux premiers arrêts de la même cour.

870. Le deuxième argument consiste à dire qu'une présomption favorable couvre et protége les actes du fonctionnaire public; que les particuliers doivent donc supporter les violences criminelles qu'ils commettraient, sauf à s'en plaindre ensuite; qu'ils ne doivent pas se rendre juges de ses écarts et se charger de les réprimer. Le principe est juste, mais il est permis d'en contester les conséquences. La présomption de légalité entoure assurément les actes des fonctionnaires; mais elle cesse, comme toutes les présomptions, devant la preuve des violences inutiles et par conséquent coupables auxquelles ils ont pu se livrer. Tout ce qui résulte de cette présomption, c'est que la preuve de la provocation est à la charge du prévenu. On ajoute que la loi a pourvu à la vengeance du citoyen, que ce n'est pas à lui de juger si le fonctionnaire a abusé de son droit : mais ce n'est plus là la question. Nul doute que le citoyen n'ait en aucun cas le droit de juger et de réprimer un acte de violence; mais il s'agit de savoir si cet acte de violence n'a pas atténué la faute du prévenu qui lui a opposé la violence, si cette provocation n'a pas modifié le caractère du crime qui lui est imputé. Ainsi posée, la question ne trouve plus de solution dans le principe de l'arrêt. Qu'importe, en effet, que le fonctionnaire soit puni plus tard à l'égard des violences qu'il a commises? qu'importe même que le citoyen opprimé ait commis la faute de déployer une irritation trop prompte, et de ne pas se réserver les voies de droit pour faire redresser les torts de ce fonctionnaire? Cette punition et cette faute

[1] Cass. 13 janv. 1827, Bull. p. 13.

n'empêchent pas que les premières violences n'aient altéré le caractère criminel de celles qu'elles ont provoquées, que cette provocation ne puisse être une excuse de ces violences; et le fait ne doit pas dès lors être apprécié, abstraction faite de cette circonstance qui lui est essentielle.

Nous nous croyons donc fondés à conclure que l'article 321 du code pénal contient un principe applicable aux violences commises sur les fonctionnaires et agents de la force publique, comme à celles qui sont commises sur toute autre personne[1]; et ce principe doit naturellement s'étendre à tous les faits qui sont de nature à modifier la criminalité de l'agent; car les mêmes raisons de décider existent à l'égard de toutes les circonstances d'excuse. C'est ainsi qu'une cour d'assises a déclaré, dans une accusation de violences exercées sur un commissaire de police, qu'il y avait lieu de poser la question proposée par les accusés, de savoir si ce fonctionnaire, qu'on avait foulé aux pieds, n'était pas en état d'ivresse au moment où il exerçait ses fonctions, et si sa chute n'avait pas été occasionnée par cette ivresse[2].

[1] Cette opinion a été également soutenue par M. de Molènes. Voy. *De l'humanité dans les lois criminelles*, p. 525 et suiv.

[2] Arr. cour d'assises du Cantal, 26 nov. 1833, Journ. du dr. crim. 1834, p. 100.

CHAPITRE XXXV.

REFUS D'UN SERVICE DU LÉGALEMENT.

(*Commentaire des art.* 234, 235 *et* 236 *du C. pén.*)

871. Le titre de ce chapitre semble annoncer un corps complet de doctrine sur les infractions aux obligations légales des fonctionnaires et des citoyens : il n'en est point ainsi. Parmi les cas nombreux de désobéissance qui peuvent se manifester, le législateur n'en a prévu que deux, qui, dans des circonstances distinctes, peuvent produire de graves conséquences et amener une funeste suspension de l'ordre public ou de l'exercice de la justice. Ces deux cas sont la désobéissance aux magistrats agissant au nom de la loi, qui a lieu de la part d'un commandant de la force armée qui refuse de la faire agir quand il en est requis légalement, ou de la part des témoins et des jurés qui allèguent de fausses excuses pour ne pas remplir les devoirs qui leur sont imposés. Ces deux infractions feront seules l'objet de ce chapitre.

872. Le refus d'obéir aux réquisitions de l'autorité civile est prévu par l'article 234, qui est ainsi conçu : « Tout commandant, tout

officier ou sous-officier de la force publique qui, après en avoir été légalement requis par l'autorité civile, aura refusé de faire agir la force à ses ordres, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois mois, sans préjudice des réparations civiles qui pourraient être dues, aux termes de l'article 10 du présent code. »

Il faut fixer d'abord le caractère général de cette infraction. La loi ne prévoit qu'une désobéissance qui ne dégénère point en révolte : la résistance changerait en effet de nature si elle était calculée de manière à favoriser l'exécution d'une rébellion, d'une sédition, d'un crime quelconque; elle prendrait alors un autre caractère, et d'autres peines l'atteindraient. Il ne s'agit donc ici que du refus d'obéir, que de l'entrave apportée au service public, sans que ce refus puisse se lier d'une manière quelconque à une pensée de trouble et de rébellion. Néanmoins ce serait une erreur que de voir dans cette désobéissance une simple infraction matérielle : la désobéissance suppose par elle-même un acte de la volonté, une délibération, une intention plus ou moins répréhensible; elle constitue de plus l'infraction d'un devoir. En règle générale, la force publique est essentiellement obéissante, nul corps armé ne peut délibérer; et la loi du 14 octobre 1791 dispose en conséquence que : « les citoyens et leurs chefs, requis au nom de la loi, ne se permettront pas de juger si les réquisitions ont dû être faites; ils seront tenus de les exécuter provisoirement sans délibération. » Il suit de là qu'il ne suffit pas de constater l'inexécution de la réquisition, il faut encore qu'il soit prouvé qu'il y a eu refus de concours, volonté de ne pas obtempérer à l'ordre, en un mot désobéissance : ce sont là les deux éléments essentiels du délit.

873. Mais ce délit ne peut exister, d'ailleurs, qu'autant que les circonstances prévues par la loi se réunissent pour le constituer; il est donc nécessaire que le prévenu soit revêtu de la *qualité* énoncée par l'article, et que la réquisition soit *légale*. En comprenant dans sa disposition *tout commandant, tout officier ou sous-officier* de la force publique, il est visible que la loi n'a voulu atteindre que le commandant d'un poste ou d'un détachement quelconque, quel que fût d'ailleurs son grade; car on ne peut imputer à un sous-officier, à un

officier même, la responsabilité d'un refus de concours, si ce militaire se trouve, au moment même de la réquisition, sous les ordres d'un officier supérieur. La peine ne peut atteindre que le chef, quel qu'il soit, qui dispose de la force publique dont l'appui est requis, à l'instant de la réquisition[1]. La force publique se compose, en général, de la gendarmerie, des gardes champêtres et forestiers, des gardes et employés des régies publiques, des huissiers, des troupes de ligne et des gardes nationales. Et nous remarquerons que les lois des 22 mars 1831 et 13 juin 1851, relatives à la garde nationale, ne font point obstacle à l'application de l'article 234 à cette branche de la force armée; en effet, les articles 87 et suivants de la première et les art. 74 et 75 de la seconde, maintenus par l'art. 25 du décret du 11 janvier 1852, ne prévoient que le cas où un garde national, officier ou soldat, manque au service personuel pour lequel il a été commandé; et l'article 234 du code dispose pour un cas tout à fait distinct, celui où un chef de la force publique refuse de la faire agir sur une réquisition légale[2].

874. Une réquisition est légale lorsqu'elle émane d'un fonctionnaire compétent et qu'elle est faite dans les formes prescrites par la loi. Les autorités civiles qui ont le droit de requérir l'action de la force publique sont les préfets et les sous-préfets, les maires et leurs adjoints, et les officiers de police judiciaire, chacun dans le cercle de ses attributions[3] : les préposés des douanes et des contributions directes et indirectes, les agents forestiers, les huissiers et autres exécuteurs des mandements de justice, peuvent aussi demander main-forte aux dépositaires de la force publique, lorsqu'ils ne sont pas en force suffisante pour assurer l'exécution du service public

[1] Ord. 29 oct. 1820, art. 53.

[2] Le commandant peut présenter, comme excuse de sa désobéissance, que les ordres de son supérieur hiérarchique l'ont empêché d'agir; mais le tribunal correctionnel est compétent pour apprécier celle excuse et juger si elle efface ou atténue le délit. Cass. 17 juill. 1840, Bull. n° 203.

[3] Lois 21 oct. 1789; 6-12 déc. 1790; 26 et 27 juill.-8 août 1791; 28 germ. an VI, art. 140; arr. 13 floréal an VII; ord. 29 oct. 1820; code d'inst. crim, art. 25, 99, 106; l. 10 avr. 1831, art. 1.

dont ils sont chargés, ou lorsqu'il s'agit de l'exécution des jugements et mandements de justice [1]. Les réquisitions doivent être faites par écrit; elles doivent énoncer la loi qui les autorise, le motif, le jugement ou l'ordre administratif en vertu duquel la gendarmerie est requise; la formule en a été successivement indiquée par la loi du 26 juillet-3 août 1791, par l'arrêté du 13 floréal an VII, et par l'article 58 de l'ordonnance du 29 octobre 1820. Cependant, dans le cas d'urgence, et notamment dans ceux qu'ont spécifiés les articles 99 et 108 du code d'instruction criminelle, ces formes ne doivent pas être exigées : cette exception commandée, sinon par la loi, du moins par la raison et la force des choses, doit nécessairement être faite à l'article 147 de la loi du 18 germinal an VI, qui fait défense aux commandants de mettre à exécution les réquisitions qui ne seraient pas revêtues des formalités qui viennent d'être rappelées, sous peine d'être poursuivis comme coupables d'actes illégaux et arbitraires.

Ainsi le délit prévu par l'article 234 n'existe point, si, hors le cas d'urgence, les formes prescrites par la loi pour les réquisitions n'ont pas été observées, et si, en second lieu, ces réquisitions n'émanent pas d'un fonctionnaire auquel la loi a spécialement délégué le pouvoir de requérir l'assistance de la force publique. Lorsque ces deux conditions sont réunies, le commandant de la force armée auquel elles sont adressées est responsable de leur inexécution ; mais, pour qu'il devienne passible d'une peine, il faut encore qu'il y ait eu de sa part refus de concours et infraction à ses obligations légales; car, et nous le répétons, c'est l'intention, c'est la désobéissance qui constitue le délit.

875. La sanction de l'art. 234 n'était, dans le projet primitif du code, qu'une amende de 16 à 300 fr. Un membre du conseil d'État exprima l'avis que cette peine était trop faible pour réprimer un délit qui peut compromettre la sûreté publique ; M. Berlier partagea cette opinion : « Le délit qu'on discute, dit-il, toujours grave en soi, peut avoir quelquefois des résultats funestes, et la force militaire est

[1] L. 18 germ. an VI, art. 133.

essentiellement, dans tout État bien constitué, l'auxiliaire de l'autorité civile ; en élevant la peine, ce sera la société qu'on servira en environnant d'un plus grand respect les ordres de ses magistrats. » Tels furent les motifs qui firent ajouter la peine d'emprisonnement.

. La réserve formulée dans l'article, relativement aux réparations civiles, puise son explication dans la même source. Un membre du conseil d'État pensa que le coupable devait, en outre, être tenu d'indemniser les particuliers des torts que son refus leur aurait causés, et, par exemple, de payer des dommages-intérêts au propriétaire d'une maison à la démolition ou à l'incendie de laquelle la force armée ne s'est point opposée. Il fut répondu d'abord que le code pénal renfermait, à cet égard, une disposition générale qui comprenait tous les actes dommageables qualifiés crimes ou délits, et les rendait passibles de réparations civiles ; mais on crut ensuite qu'il pouvait être utile d'énoncer surabondamment, et par forme d'instruction, une mention spéciale de cette responsabilité, afin qu'elle pût frapper davantage les regards des militaires qui connaissent peu les principes généraux des lois et les conséquences qu'on peut en déduire à leur égard. De là l'origine de cette disposition additionnelle et qui n'est qu'un renvoi [1].

876. L'infraction des témoins et des jurés aux obligations que la loi leur impose, forme en second lieu l'objet de la prévoyance du législateur. Le juré et le témoin qui cherchent à se dérober à ces obligations se rendent coupables : ils enfreignent un devoir social, et cette infraction peut entraîner de funestes conséquences ; il peut en résulter une suspension dangereuse de l'exercice de la justice ; il peut en résulter surtout le dépérissement des preuves qui doivent fonder la condamnation du coupable ou la justification de l'innocent. Toutefois ce fait présente des caractères divers.

La loi distingue le défaut de comparution, qui n'est qu'une simple contravention passible d'une amende, l'allégation d'une fausse excuse qui fait l'objet de l'article 236, et la production d'un certificat

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 12 août 1809.

faux que le code a prévue dans son article 159. Nous avons examiné les caractères de ce dernier délit dans notre chapitre 29, relatif aux faux certificats. Quant à la simple absence, la loi a distingué celle du juré et celle du témoin : le juré qui ne s'est pas rendu à son poste sur la citation qui lui a été notifiée, et qui ne justifie pas d'une excuse valable, est puni d'une amende, pour la première fois de 500 fr., pour la seconde de 1,000 fr., pour la troisième de 1,500 fr., et cette dernière fois il est de plus déclaré incapable d'exercer à l'avenir les fonctions de juré [1]. Le témoin qui ne comparaît pas, soit devant le juge, soit à l'audience, et qui ne justifie pas qu'il en était légitimement empêché, encourt une amende de 100 fr. [2] : la même peine lui est infligée si, même après avoir comparu, il refuse de déposer [3]. Si, à raison de sa non-comparution devant la cour d'assises, l'affaire est renvoyée à la session suivante, tous les frais de la procédure peuvent être mis à sa charge, et il doit être amené par la force publique devant la cour pour y être entendu [4].

877. Telles sont les peines qui atteignent le premier degré de l'infraction, le refus de comparaître. L'article 236 prévoit un fait plus grave, l'allégation d'une fausse excuse ; cet article est ainsi conçu : « Les témoins et les jurés qui auront allégué une excuse reconnue fausse seront condamnés, outre les amendes prononcées pour la non-comparution, à un emprisonnement de six jours à deux mois. »

Ce n'est plus une simple contravention, même un acte de désobéissance ; le contrevenant, pour couvrir sa faute, ou se procurer la rédemption du service qui lui est assigné, se sert d'un moyen immoral, et c'est ce moyen qui est érigé en délit. Les fausses allégations, quelque répréhensibles qu'elles soient, échappent en général à la justice répressive ; mais ici le législateur les a frappées, parce que la société est fortement intéressée à ce que les jurés ou les témoins ne se dérobent pas sous de vains prétextes au devoir qui les

[1] Art. 396 du cod. d'inst. crim.

[2], [3] et [4] Art. 80, 304 et 355 du cod. d'inst. crim.

enchaîne, parce qu'ils deviennent plus coupables lorsqu'ils commettent un faux, même par de simples paroles, pour colorer une autre infraction. Il est, du reste, évident que l'allégation d'une excuse reconnue fausse constitue un délit moral : il ne suffit donc pas que cette fausseté soit reconnue; il faut encore qu'il soit démontré, pour l'application de la peine, que le juré ou le témoin a agi sciemment, qu'il connaissait la fausseté de l'excuse qu'il alléguait, et qu'il avait l'intention de surprendre la religion des juges pour se rédimer de ses fonctions.

La loi prononce, outre les amendes portées contre la non-comparution, un emprisonnement de six jours à deux mois. De là cette double conséquence : d'abord, que cette disposition forme une exception au principe de l'article 365 du code d'instruction criminelle, qui prohibe la cumulation des peines; ensuite, que les deux peines ne doivent néanmoins être prononcées qu'autant que les deux faits punissables coexistent simultanément. Si donc un juré, par exemple, vient, sur la citation qui lui a été notifiée, alléguer une excuse qui est reconnue fausse, il n'encourt que la peine applicable aux fausses allégations d'excuses; il ne peut être condamné aux amendes prononcées pour la non-comparution, puisqu'il a comparu.

878. Les dispositions de l'article 236 peuvent-elles s'étendre aux experts? En d'autres termes, les experts peuvent-ils être considérés comme des témoins? Nous ne le pensons pas. Les experts ne déposent point comme les témoins des circonstances d'un fait qu'ils ont vu ou qui est venu à leur connaissance; ils sont appelés à vérifier ces circonstances, à constater ce fait; ils remplissent une mission de la justice; ils font l'office du juge lui même, auquel ils apportent les notions, les connaissances spéciales qui lui manquent : ce n'est donc point un témoignage qu'ils portent, c'est un jugement qu'ils rendent. Il suit de là tout d'abord que l'application de l'article 80 doit être écartée, puisque les experts ont un caractère tout différent des témoins, puisque nulle part la loi ne les a assimilés à ceux-ci. Mais une autre différence justifie les dispositions restrictives de l'article 236 et celles des articles 80, 304 et 355 du code d'instruction

criminelle. C'est le délit qui crée les témoins, c'est le juge qui choisit les experts; les premiers reçoivent de l'événement et de la loi une mission forcée; les autres reçoivent de la justice seule une mission purement volontaire, puisque d'autres peuvent l'exercer. De là, nécessité dans un cas, faculté dans l'autre de déposer. Dans l'un et l'autre cas il y a devoir moral, parce que les experts doivent, comme les témoins, à la justice le concours de leurs lumières; mais si ce devoir a dû être sanctionné à l'égard des témoins par une disposition pénale, parce qu'il ne peut dépendre d'un individu de paralyser la justice, la même sanction n'a pu exister vis-à-vis des experts, parce que chacun est libre dans l'exercice de sa profession, parce que le refus d'un expert peut bien entraver momentanément, mais ne peut enchaîner l'action de la justice, parce qu'enfin il serait absurde de contraindre par corps un expert à procéder à une vérification, à donner son opinion, à faire une appréciation quelconque.

879. Le code pénal a placé dans cette section un dernier article qui a peu de rapports avec les autres et dont le but a cessé d'exister. L'article 235 porte : « Les lois pénales et règlements relatifs à la conscription militaire continueront de recevoir leur exécution. » Le seul objet de cette disposition était de réserver les nombreuses pénalités qui poursuivaient jusque sur leurs parents les conscrits réfractaires qui se dérobaient au service militaire. Ces lois ont été abrogées par l'article 11 de la charte de 1814. Mais les délits des jeunes gens soumis au recrutement, et qui ont pour but de les soustraire au service, ont continué de former des délits spéciaux qui sont prévus et punis par l'article 25 de la loi du 18 mars 1818, par les articles 38 et suivants de la loi du 21 mars 1832 et par la loi du 26 avril 1855.

CHAPITRE XXXVI.

DE L'ÉVASION DES DÉTENUS ET DU RECÈLEMENT DES CRIMINELS.

(*Commentaire des art.* 237 *à* 248 *du C. pén.*)

880. La simple évasion ne constitue aucun délit.

881. Le délit n'existe que par l'emploi de moyens violents (art. 245).

882. A quelles personnes s'applique l'expression de détenus.

883. Circonstances caractéristiques du délit d'évasion et de la tentative de ce délit.

884. Ce qu'on doit entendre par bris de prison et violences.

885. S'il suffit que les détenus aient profité d'un bris auquel ils n'ont pas participé.

886. Il faut que le lieu de détention soit autorisé par la loi.

887. Pénalités applicables aux détenus évadés.

888. Cumul de ces peines avec les peines du délit qui motive la détention.

889. L'évasion ne place pas l'évadé en état de récidive.

890. Excuses du délit d'évasion.

891. Délit des tiers préposés à la garde des détenus : caractères généraux de cette infraction.

892. Dispositions des législations antérieures.

893. Ce délit n'existe qu'autant que les évadés étaient légalement détenus (article 237).

894. Quels sont les agents responsables de l'évasion.

895. Évasion des prévenus de délits ou de crimes passibles de peines infamantes (art. 238).

896. Définition de la négligence et de la connivence.

897. Cas d'application de l'article 238.

898. Évasion des prévenus ou condamnés pour un crime passible d'une peine afflictive à temps ou d'une peine perpétuelle (art. 239 et 240).

899. Complicité des gardiens qui ont fourni des instruments (art. 241).

900. Complicité résultant de la fourniture d'armes (art. 243).

901. Suspension des peines au cas où les évadés sont repris (art. 247).

902. Responsabilité des tiers étrangers à la garde et qui ont favorisé l'évasion (art. 238, 239, 240).

903. Aggravation de cette responsabilité dans certains cas (art. 241, 242, 243).

904. De la complicité des tiers avec les gardiens.

905. S'il y a lieu de créer une exception en faveur des parents du détenu.

906. Condamnation aux dommages-intérêts de la partie civile (art. 244).

---

880. L'évasion des détenus a été classée par le code parmi les actes de désobéissance à l'autorité publique. Il peut en résulter trois délits distincts : le délit des détenus qui se sont évadés, le délit des personnes qui ont favorisé l'évasion, et enfin le délit des individus qui ont recélé les détenus évadés. Nous allons examiner ces trois incriminations.

De la part des détenus, l'évasion dépouillée de toutes circonstances aggravantes ne constitue aucun délit : « La simple fuite ou évasion de la part d'un prisonnier ou d'une personne qu'on veut arrêter, dit Jousse, n'est jamais punie, ni même la résistance, lorsqu'elle est modique et sans armes ni violences publiques. En effet, il est naturel à une personne qu'on veut arrêter ou qui l'est déjà de chercher à se sauver des mains de la justice, pour éviter la peine qu'elle mérite, et à plus forte raison si elle est innocente [1]. » L'exposé des motifs du code a reproduit cette pensée : « Le désir de la liberté est si naturel à l'homme, que l'on ne saurait prononcer que celui-ci devient coupable qui, trouvant la porte de sa prison ouverte, en franchit le seuil. » La loi romaine ne posait point une distinction aussi précise : le détenu qui s'était enfui de la prison dont il avait trouvé les portes ouvertes était puni, mais d'une peine moins grave. C'est ce qui résulte de ce texte : *Si per negligentiam custodum evaserunt, leviùs puniendos* [2]; et c'est en s'appuyant sur cette loi que les docteurs établissent la règle : *Fugiens ex carcere quia invenerit ostium apertum, non punitur de effracto carcere sed mitius* [3]. Les lois

[1] Traité des matières crim. t. 4, p. 81.
[2] L. 1, Dig. de effract. et expilator.
[3] Farinacius, quæst. 30, n° 160.

pénales de Naples ont suivi cette décision, et punissent *la fuite simple* des condamnés du quart au huitième de la peine restant à subir par eux, sans que cette augmentation puisse excéder deux ans (art. 253).

881. Le délit ne commence donc, dans notre droit, que lorsque le détenu a employé des moyens criminels, tels que le *bris de prison* et *la violence* : ce sont ces voies de fait qui constituent le délit et qui deviennent l'objet de l'incrimination. L'article 245 est ainsi conçu : « A l'égard des détenus qui se seront évadés ou qui auront tenté de s'évader par bris de prison ou par violence, ils seront, pour ce seul fait, punis de six mois à un an d'emprisonnement, et subiront cette peine immédiatement après l'expiration de celle qu'ils auront encourue pour le crime ou délit à raison duquel ils étaient détenus, ou immédiatement après l'arrêt ou jugement qui les aura acquittés ou renvoyés absous dudit crime ou délit; le tout sans préjudice de plus fortes peines qu'ils auraient pu encourir pour d'autres crimes qu'ils auraient commis dans leurs violences. »

882. Cette disposition donne lieu à plusieurs observations. On doit remarquer d'abord que le mot générique *détenus* comprend toutes les personnes qui sont renfermées dans les prisons, les prévenus et les accusés, les condamnés pour délits et pour crimes. Mais faut-il l'étendre aux détenus pour cause civile, aux prisonniers pour dettes? Les anciens jurisconsultes ne faisaient nulle distinction à cet égard : *Pœna effractoris carcerum habet locum non solùm in detento pro causâ criminali, sed etiam in detento pro causâ civili*; et la raison de ce principe absolu était que l'auteur du bris de prison est puni, non point en raison du délit qui motive la détention, mais en raison de la rébellion qu'il manifeste par des violences : *Quia ad effectum puniendi consideratur solùm violatio loci publici et carceris qui dicitur locus sacer, non autem causa detentionis : effractores puniuntur propter fracturam, et non propter delictum pro quo detinentur* [1]. Cette doctrine était complétement adoptée dans notre ancienne jurisprudence, ainsi que l'atteste Jousse : « A l'égard de

[1] Farinacius, quæst. 39, nos 25 et 81.

celui qui, étant détenu dans les prisons pour dettes civiles, vient à les briser et à se sauver, il est punissable comme tout autre criminel pour raison de ce bris de prison [1]. » Il n'en est plus ainsi dans le système de notre code : il suffit de rapprocher l'article 245 des articles 238, 239 et 240, pour se convaincre que ses dispositions ne s'appliquent qu'aux prévenus de crimes ou de délits et aux condamnés pour ces délits et ces crimes. C'est qu'en effet il ne suffit pas qu'il y ait désobéissance et en quelque sorte rébellion à la justice de la part du détenu qui s'évade, il faut encore que cette évasion cause un préjudice à l'ordre social; or, l'évasion d'un prisonnier pour dettes ne lèse que les intérêts de son débiteur; la loi pénale n'a donc pas dû la comprendre dans ses dispositions. C'est aussi dans ce sens que l'art. 245 a constamment été appliqué [2].

On distinguait autrefois entre les individus détenus pour une juste cause ou pour une cause illégale. Ceux-ci n'étaient soumis à aucune peine, s'ils venaient à briser la prison [3]. Les docteurs allaient même jusqu'à soutenir qu'il était permis à celui qu'une injuste détention retenait dans les fers d'exercer des violences sur les gardiens pour se sauver [4]. Sans aller aussi loin, le code de 1791 ne punissait les complices de l'évasion que dans les cas où ils avaient délivré ou tenté de délivrer par force ou par violence des personnes *légalement détenues* [5]. Cette expression n'a point été reproduite par le code pénal, mais la restriction qu'elle exprime résulte implicitement de ses dispositions. Car, si l'on suppose une détention réellement arbitraire et illégale, comment la loi pénale pourrait-elle punir celui qui se soustrait à une telle détention qui est elle-même un délit? L'évasion du

[1] Traité des matières crim. t. 4, p. 86.

[2] Cass. 30 avr. 1807, Sir. 7. 709; 20 août 1824, Bull. n° 108; 30 juin 1837, Bull. n° 162.

[3] Menochius, de arbitr. jud. casu 301, n° 14; Farinacius, quæst. 30, n° 120.

[4] Menochius, casu 301, n° 15; Covarruvias, Var. resolut. lib. 1, cap. 2, n° 12; Boerius, decis. 215, n° 32; Farinacius, quæst. 30, n° 129.

[5] 2° p. tit. 1, sect. 4, art. 8.

détenu, loin de préjudicier à la société, est au contraire une sorte d'avantage pour elle, puisque cette évasion met un terme à un acte odieux, à l'exécution d'un délit. Néanmoins il ne faut pas confondre la personne qui est détenue illégalement, c'est-à-dire hors des cas où la loi autorise une détention, et celle qui est détenue injustement, c'est-à-dire par suite d'une méprise de la justice et sur de fausses présomptions : « Le détenu, porte le rapport fait sur cette partie du code au corps législatif, a dû se soumettre à la perte de sa liberté jusqu'à ce que les tribunaux aient porté sur lui un jugement définitif, et la loi lui défend de se soustraire à une détention qu'elle prescrit. Pour ce qui le concerne, la loi ne fait point d'exception ; qu'il soit innocent ou qu'il soit coupable du premier délit qu'on lui imputait, le second sera également puni. » Et en effet, dans ce cas, la détention, même injuste au fond, est régulière dans la forme : le détenu, quoique innocent, doit obéissance à la loi, et sa rébellion est un délit.

883. Après avoir défini quelles personnes peuvent être inculpées à raison de leur évasion, il faut expliquer les circonstances caractéristiques du délit. Ces circonstances sont au nombre de deux : il est nécessaire qu'il y ait eu évasion ou tentative d'évasion, et que cette évasion ou cette tentative ait été exécutée par bris de prison ou par violence.

La question de savoir si la tentative de l'évasion doit être assimilée à l'évasion consommée était très-controversée parmi les anciens jurisconsultes. La loi romaine renferme sur ce point des textes qu'il est difficile de concilier : la loi 17 Dig. *de ædilitio edicto* répute une personne fugitive, non d'après l'acte de sa fuite, mais d'après l'intention qu'elle avait de s'enfuir : *Fugitivum ferè ab affectu animi intelligendum esse, non à fugâ.* Cependant Triphonien semble restreindre cette décision dans la loi 225 Dig. *de verborum significatione* : *Fugitivum non secundùm propositum solum sed cum aliquo actu intelligi constat.* Pour concilier ces deux lois, Boerius décide qu'il suffit d'un pas fait par le prisonnier avec la pensée de prendre la fuite, pour qu'il doive être réputé fugitif : *Qui in*

actu fugæ deprehenditur, etiam quod unum ad fugiendum moverit pedem, fugitivus dicitur [1]. Cette décision rigoureuse n'était point suivie dans la pratique ; on distinguait celui qui avait consommé son évasion et celui qui avait été arrêté dans les actes de l'exécution ; celui-ci était puni d'une peine inférieure : *Fugâ non sequutâ, effractores puniuntur, non eâdem pœnâ, sed mitiori* [2]. Il en était de même dans notre ancienne jurisprudence : « lorsque le bris de prison, dit Jousse, n'est que tenté sans être suivi d'exécution, on ne le punit que légèrement, eu égard néanmoins aux circonstances [3]. » Cette distinction, motivée sur l'absence du préjudice lorsque la tentative a été arrêtée, n'a point été adoptée par le code ; mais il faut prendre garde néanmoins que l'article 245 ne punit la tentative légale du délit qu'autant que cette tentative réunit les caractères prescrits par l'article 2 du code, et par conséquent dans le seul cas où la volonté de s'évader s'est manifestée par le bris de prison ou les violences, mais n'a pu s'accomplir par un événement imprévu qui a arrêté l'évasion.

884. Le véritable délit, le fait punissable consiste dans le bris de prison et les violences commises pour se procurer l'évasion. Le désir de la liberté, naturel à l'homme, cesse d'être une excuse, quand il le pousse jusqu'à la révolte contre l'autorité publique. La loi romaine avait consacré la même décision en ne punissant que les détenus qui avaient fait effraction à la prison ou qui avaient ourdi contre eux un complot pour s'évader : *eos qui de carcere eruperunt, sive effractis foribus, sive conspiratione cum cæteris qui in eâdem custodiâ erant* [4]. Ce qu'il importe donc de définir, c'est ce qu'on doit entendre par le bris de prison et les violences, puisque ces circonstances sont, dans tous les cas, constitutives du délit.

Cette définition résulte des termes mêmes de loi : il ne peut y avoir de bris de prison sans une effraction extérieure, il ne peut y

[1] Dec. 215, nos 1 et 12.

[2] Farinacius, quæst. 30, nos 30 et 31.

[3] Jousse, t. 4, p. 85.

[4] L. 1, Dig. de effractoribus ; l. 13, Dig. de custodiâ reorum ; l. 38, § 110, Dig. de pœnis ; l. 13, § 5, de re militari.

avoir de violences, dans le sens de la loi, qu'autant qu'elles sont exercées sur la personne des préposés à la garde des détenus. Le bris de prison existe quand le détenu a arraché les barreaux des fenêtres, enfoncé les portes, commis enfin une effraction de nature à faciliter sa sortie : *effracto carcere, effractis foribus*. Mais ces termes doivent être restreints dans leur sens propre : le détenu qui s'évade par adresse ou par supercherie, par exemple en revêtant des vêtements étrangers, en trompant la surveillance des gardiens, ne rentre point dans les termes de la loi, car la loi n'a incriminé que les actes d'effraction et de violence; et c'est le cas d'appliquer l'exception de la loi romaine, mais sans réserver la peine légère qu'elle prononçait encore : *si per negligentiam custodum evaserunt, leviùs puniendos*. Il en est de même à l'égard de l'escalade des murs de la prison et du bris des fers qui retiennent le détenu captif; car l'escalade n'est pas une effraction, et le bris des fers n'est pas un bris de prison. « Celui qui s'évade, dit Jousse, en passant par-dessus le mur de la prison, ou en sortant par une fenêtre d'où il se laisse glisser en bas, ne peut être poursuivi. Le prisonnier même qui brise ses fers, et qui ensuite, trouvant l'occasion de se sauver, s'enfuit des prisons, ne paraît pas devoir être puni [1]. »

Les violences sont toutes les voies de fait et les menaces qui ont pour objet de paralyser la garde et la surveillance des préposés de la prison ou de la force armée qui escorte les détenus. « Si l'évasion, dit encore Jousse, est faite en usant de la violence à l'égard du geôlier ou des guichetiers, soit en menaçant de les tuer, ou en les forçant de donner les clefs, ou en les leur arrachant par force ou par violence, alors elle devient punissable [2]. » Ces mots sont l'explication la plus claire de cette expression. Ainsi l'on ne doit pas confondre le bris et les violences : celui-là s'applique aux choses matérielles, celles ci ne s'appliquent qu'aux personnes. Hors de la prison, l'évasion qui peut avoir lieu des mains des agents de la force publique n'est punis-

[1] et [2] Traité des matières crim. t. 4, p. 89.

sable que lorsqu'elle s'est opérée avec violences [1]. Ainsi les actes de corruption pratiqués par le détenu sur ses gardiens ne seraient point compris dans les termes de l'article 245, puisque cet article ne prévoit que les actes de violence. Mais il est nécessaire d'ajouter que si les violences commises sont d'une nature assez grave pour constituer un délit ou un crime distinct, si, par exemple, les détenus ont frappé, blessé ou tué l'un des gardiens, ce fait est puni, non plus à titre de simples violences constitutives du délit d'évasion, mais comme un délit *sui generis*, passible de la peine appliquée par la loi aux délits de cette nature. Cette réserve, qu'il était peut-être inutile d'exprimer, est formellement énoncée par les termes qui terminent l'article 245 : « le tout sans préjudice de plus fortes peines qu'ils auraient pu encourir pour d'autres crimes qu'ils auraient commis dans leurs violences. »

885. La cour impériale de Paris a jugé que les détenus qui se sont évadés sont passibles des peines portées par l'article 245, par cela seul qu'ils savaient, au moment de l'évasion, qu'elle s'opérait à l'aide soit de violences, soit de bris de clôture, et qu'ils ont profité des moyens pratiqués par quelques-uns d'entre eux pour l'opérer [2]; les motifs de cet arrêt sont : « que l'évasion, non plus que le bris de prison, de la part des détenus, ne constitue point séparément l'action que la loi a réprimée, *l'évasion par bris de prison;* ce qui n'implique pas la coopération personnelle de chacun des individus au fait de bris de prison, mais seulement l'emploi des moyens de violence pratiqués par quelques-uns, dans le but d'une évasion concertée en commun avant leur évasion. » Cette doctrine nous semble trop absolue. Notre code n'a point incriminé, comme l'avait fait la loi romaine, le complot formé par des prisonniers pour s'évader; ce n'est donc que par des actes de coopération active ou par des actes de complicité qu'ils peuvent devenir coupables du délit d'évasion par bris de prison; et lorsque, comme dans l'espèce, aucune de ces

[1] Cass. 5 avr. 1832, Bull. nº 127.

[2] Arr. 26 déc. 1835, Journ. du dr. crim. 1836, p. 71.

deux circonstances n'est établie, l'évasion cesse d'être un délit. Car quel fait leur reprocherait-on encore? D'avoir profité des moyens pratiqués par quelques détenus pour s'évader? Mais c'est là précisément l'évasion simple qui, affranchie des circonstances de bris et de violence, n'entraîne aucune peine. Les détenus ont vu une porte ouverte, ils en ont franchi le seuil. Qu'importe que cette porte ait été ouverte par leurs codétenus ou par la négligence des gardiens? Qu'importe même qu'ils aient connu à l'avance les tentatives faites pour opérer l'effraction? Cette circonstance ne suffit pas pour les constituer complices; il est nécessaire, aux termes de l'article 60 du code pénal, qu'ils aient agi sur les auteurs du bris par dons, promesses ou menaces, ou qu'ils les aient aidés soit en leur procurant des armes ou des instruments, soit par une coopération effective. L'arrêt de la cour impériale de Paris nous paraît donc avoir étendu au delà de leur sens les termes de la loi.

886. Nous venons d'indiquer les caractères du bris et de la violence qui constituent le délit prévu par l'art. 245; il est inutile d'ajouter que ces circonstances ne peuvent être incriminées qu'autant qu'elles sont réunies à l'évasion ou à la tentative de l'évasion : c'est comme moyens criminels employés pour accomplir un acte de désobéissance à la loi, que la loi les a inculpés; le délit est donc complexe : il se compose de l'évasion ou de la tentative de cette évasion, et du bris ou de la violence employés comme mode d'exécution. Chacune de ces deux circonstances est également essentielle à l'existence du délit.

Enfin, il est nécessaire que le lieu de détention d'où le prévenu s'est évadé soit une prison légalement établie; nous avons fait connaître précédemment quels sont les lieux de détention institués par la loi ou par l'administration publique[1]. La cour de cassation n'a fait que confirmer cette règle en déclarant que l'individu arrêté en flagrant délit, et déposé dans la chambre de sûreté de la caserne de gendarmerie, à défaut d'autre prison, se rend passible des peines

[1] *Voy.* suprà, n°s 110, 117 et 428.

portées par l'article 245, s'il s'évade de ce lieu avec bris ou violences [1]; car cette décision est uniquement fondée sur ce que cette chambre de sûreté est formellement autorisée par l'article 85 de la loi du 28 germinal an VI [2].

887. La peine portée par l'article 245 est un emprisonnement de six mois à un an. Avant de s'arrêter à ce taux, la peine appliquée à l'évasion a subi d'étranges variations; la loi romaine prononçait la peine de mort : *Saturninus probat eos qui de carcere eruperunt, sive effractis foribus, sive conspiratione cum cæteris qui in eâdem custodiâ erant, capite puniendos* [3]. Néanmoins cette peine n'était pas rigoureusement appliquée, et les jurisconsultes ont épuisé les subtilités de l'interprétation pour lui substituer une peine plus douce [4]. En France, nulle disposition de la législation ne déterminait le châtiment de ce délit; et toutefois l'ordonnance de 1670 le supposait nécessairement punissable, puisqu'elle assujettissait les détenus évadés à toute la rigueur d'une procédure extraordinaire : la peine était dès lors arbitraire et se réglait d'après les circonstances et la qualité du fait.

Cependant notre législation actuelle n'étend pas la peine correctionnelle de l'article 245 à tous les cas d'évasion; elle en excepte les évasions des forçats dans les bagnes. L'art. 16 du titre 3 de la loi du 20 septembre-12 octobre 1791 porte : « Chaque évasion de forçats sera punie seulement par trois années de chaîne de plus pour les forçats à terme, et par l'application à la double chaîne pendant le même temps, pour les forçats qui sont actuellement condamnés à vie. » Le législateur ne crut pas pendant quelque temps cette peine suffisante, et l'article 69 du décret du 12 novembre 1806 y substitua cette disposition exorbitante : « Tout forçat qui s'évadera sera condamné à vingt-quatre années de fer; et s'il est déjà condamné à cette peine, il

[1] Cass. 28 avr. 1836, Journ. du dr. crim. 1836, p. 321.

[2] *Voy.* dans le même sens arr. Montpellier, 12 oct. 1860, Sir. 61, 2, 191.

[3] L. 1, Dig. de effractoribus.

[4] Julius Clarus, quæst. 21, n° 27; Menochius, de arbitr. jud. casu 301, n° 5, Farinacius, quæst. 30, n°s 23 et 24.

sera mis à la double chaîne pendant trois ans. » Cette peine, aussi injuste par son énormité qu'illégalement imposée, fut elle-même abrogée par l'ordonnance du 2 janvier 1817, dont l'article 1er est ainsi conçu : « Conformément à l'article 16 du titre 3 de la loi du 12 octobre 1791, tout forçat qui s'évadera sera puni, pour chaque évasion, par trois années de travaux forcés, lorsqu'il ne sera condamné qu'à terme ; et par l'application à la double chaîne pendant le même espace de temps, s'il est condamné à perpétuité. » Ainsi la loi de 1791 est encore en vigueur, et par conséquent l'article 245 ne s'applique qu'aux individus qui sont détenus dans les prisons proprement dites : la jurisprudence a confirmé cette distinction. Toutefois on doit remarquer que nulle voix ne s'est élevée dans les discussions préparatoires du code pour réserver l'application de la loi de 1791 ; que tous les lieux de détention qui sont légalement établis se trouvent en général compris dans le terme générique de *prison* dont la loi s'est servi ; et qu'enfin il est étrange qu'à côté du code qui détermine, sans faire nulle distinction, les éléments et les peines du délit d'évasion, une disposition antérieure soit maintenue qui pose d'autres règles et d'autres peines. Il résulte, en effet, du texte de cette disposition, que ce n'est pas seulement l'évasion par bris ou par violences qu'elle punit, mais aussi l'évasion simple, celle qu'aucune circonstance n'aggrave et que le code déclare ne constituer aucun délit. Il en résulte encore que la peine uniforme et inflexible de trois années de fers frappe sans nulle distinction l'évasion sans bris ni violences et l'évasion avec violences et effraction [1].

[1] Il peut être utile de signaler ici une autre exception introduite, à l'égard des condamnés aux travaux publics, par le décret du 19 vendémiaire an XII. Un arrêt cass. du 27 juill. 1850, Bull. nº 238 ; Journ. du dr. crim. 1850, p. 341, porte : « que l'évasion et la désertion des condamnés aux travaux publics ne sont pas des faits identiques ; que, d'après le décret du 19 vendémiaire an XII, il n'y a légalement de désertion que lorsque l'absence du militaire s'est prolongée au delà de certains délais déterminés, suivant les divers cas, par les articles 73 et 74 ; que leurs dispositions doivent régir le nº 4 de l'art. 69, qui punit la désertion des travaux publics

888. L'exécution des peines qui atteignent le délit d'évasion a été soumise à deux règles qui forment l'une et l'autre une exception aux règles générales du droit criminel. La première est une dérogation à l'article 365 du code d'instruction criminelle, qui pose en principe la non-cumulation des peines : la peine de l'évasion se cumule dans tous les cas avec les autres peines ; cela résulte des termes mêmes de l'article 245 du code pénal, qui déclare que cette peine devra être subie immédiatement après l'expiration de celle que l'agent aura encourue pour le crime ou délit à raison duquel il était détenu. C'est que cette peine est distincte et indépendante des autres peines, parce qu'elle punit un délit spécial et qui ne se confond point lui-même avec les autres délits ; c'est que si ces peines se confondaient, il s'ensuivrait que les prévenus qui se seraient évadés, et qui plus tard encourraient une peine à raison du délit qui motivait leur détention, échapperaient à la peine du délit d'évasion, puisque la première peine, dans le cas où elle serait la plus forte, absorberait celle-ci. Cette règle particulière à ce délit a été souvent consacrée par la jurisprudence[1].

[[Elle s'applique dans le cas même où le délit commis antérieurement à l'évasion n'aurait pas été la cause de la détention et n'aurait été découvert que postérieurement. C'est ce qui résulte au moins d'un arrêt qui porte : « que, dans le but de prévenir les évasions par une plus grande efficacité de répression, l'art. 245 fait une catégorie à part de ces délits et ordonne que leur peine soit subie cumulativement avec la peine encourue pour le crime ou le délit à raison duquel l'inculpé est détenu ; que, sous cette dernière désignation, le législateur comprend non-seulement les crimes ou délits qui peuvent être nommément indiqués dans le mandat, ou qui auraient déjà été révélés par l'instruction, mais encore tous ceux qui, commis antérieurement, peuvent à chaque instant devenir l'objet des investiga-

comme les autres cas de désertion prévus dans le même article ; qu'ainsi l'évasion des condamnés aux travaux publics ne devient délit de désertion que par l'expiration des délais légaux. »

[1] Cass. 17 juin 1831, Journ. du dr. crim. 1831, p. 277 ; 5 avr. 1832, Bull. n° 127 ; 9 mars 1837, Journ. du dr. crim. 1837, p. 55.

tions du magistrat instructeur ; que le mandat du dépôt, une fois délivré, étend implicitement et éventuellement ses effets jusqu'à eux ; qu'il en doit être ainsi avec d'autant plus de raison qu'il peut arriver que le détenu qui s'évade y soit poussé plus encore par la crainte du châtiment attaché au crime dont il se serait rendu coupable et qui ne serait pas encore découvert, que pour se soustraire aux conséquences des faits alors révélés par l'information [1].]]

889. La deuxième règle est que la peine portée par l'art. 245 n'est point passible de l'aggravation que comporte la récidive. En effet, l'évasion, de même que l'infraction de ban, suppose en général l'état de récidive, et dès lors cette circonstance étant essentielle au délit ne peut l'aggraver. En second lieu, cette infraction ne recèle point une immoralité qui permette de la ranger dans la classe commune des délits, et d'en faire la base de la perversité présumée des condamnés [2]. C'est une infraction spéciale à une loi de police, et qui garde ses règles distinctes au milieu des règles générales du code.

890. Les anciens jurisconsultes avaient établi des excuses dont quelques-unes devraient encore être suivies. C'est ainsi que les détenus qui n'ont brisé la prison pour s'évader que parce qu'elle était le théâtre d'un incendie, d'une inondation ou d'une maladie contagieuse, et pour fuir un péril certain, ne pourraient être l'objet d'une poursuite [3]. Les prisonniers qui s'évaderaient pour se dérober à des traitements atroces qui seraient exercés sur eux, devraient également être excusés si ces faits étaient vérifiés : on citait l'exemple d'une fille à l'honneur de laquelle un gardien aurait attenté [4]. Mais on ne saurait admettre que celui qui, après avoir brisé la prison, revient de lui-même sur-le-champ, doive être exempté de toute peine [5] : son retour est sans doute une circonstance atténuante, mais

[1] Cass. 9 juill. 1859, Bull. n° 171.
[2] *Voy.* suprà, n° 113.
[3] Farinacius, quæst. 30, n°s 185-189.
[4] Farinacius, quæst. 30, nos 171 et seq. 190.
[5] Julius Clarus, quæst. 21, n° 27.

il ne saurait effacer le délit ; il prouve le repentir de l'agent, il ne détruit pas son action.

891. Après avoir considéré le délit d'évasion dans la personne de son auteur principal, du détenu lui-même, nous devons l'examiner sous un second point de vue, dans la personne des tiers qui en favorisent l'exécution. Ce nouveau délit prend une double face, suivant qu'il est commis par les préposés à la garde du détenu, ou par toutes autres personnes étrangères à cette garde.

Mais deux règles s'appliquent d'abord à l'une et l'autre hypothèse : la première est que la simple évasion du détenu suffit pour constituer un délit pour les personnes qui l'ont favorisée par leur négligence ou leur connivence : il n'est pas nécessaire que cette évasion se soit opérée par bris de prison ou par violences ; ces circonstances ne sont essentielles que lorsque l'évasion est imputée au détenu lui-même. En effet, si le désir naturel de la liberté justifie en quelque sorte son évasion, lorsqu'il ne fait que franchir le seuil d'une prison qu'il trouve ouverte devant ses pas, cette excuse ne saurait s'étendre aux complices qui l'ont ouverte ; leur action reste la même, quels que soient les moyens employés pour effectuer l'évasion, parce que leur criminalité ne prend pas sa source dans l'acte de l'évasion lui-même, mais dans les actes de négligence ou de connivence qui l'ont précédé ou facilité.

[[La deuxième règle est que le fait d'avoir procuré l'évasion n'est punissable qu'autant qu'il réunit les caractères spécifiés dans chacune des hypothèses qui y sont prévues par les articles 238 et suivants. En effet, l'article 237 ne contient qu'une disposition générale et ne porte aucune peine. Il faut, pour trouver les peines et par conséquent les conditions attachées à leur application, recourir aux articles 238 et suivants, qui ont établi une progression pénale basée sur la gravité de la prévention ou de la condamnation dont les individus évadés étaient l'objet. Il est donc nécessaire que les éléments exigés par chacun de ces articles soient constatés pour en justifier l'application.]]

892. La punition des préposés à la garde des détenus, qui ont

laissé les prisonniers s'évader, a varié suivant les temps et les besoins de la société. La loi romaine, qui punissait l'évadé de la peine de mort, devait nécessairement étendre la même peine au gardien : *Eâdem pœnâ tenetur et qui cum eo quem custodiebat, deseruit* [1]. Le principe général de l'ancien droit était que les fauteurs et complices des détenus évadés devaient être punis de la même peine que ceux-ci [2]. Le code de 1791 ne portait sur cette matière que cette disposition insuffisante : « Quiconque aura délivré ou sera convaincu d'avoir tenté de délivrer par force ou violence des personnes légalement détenues, sera puni de trois années de fers [3]. » La loi du 13 brumaire an II, quoiqu'en exagérant la peine, posa le premier germe d'une distinction évidente dans la criminalité des gardiens : dès qu'une personne détenue s'évadait, les geôliers, gardiens, gendarmes et tous autres préposés à sa garde, étaient sur-le-champ mis en arrestation ; s'ils étaient convaincus d'avoir volontairement fait évader ou favorisé l'évasion, ils encouraient la peine de mort ; s'ils étaient acquittés sur la question intentionnelle, ils étaient destitués néanmoins, et condamnés, à raison de leur négligence, à deux années d'emprisonnement. Enfin, la loi du 4 vendémiaire an VI vint modifier ces peines et introduire en même temps les diverses distinctions que le code a recueillies et que nous allons parcourir.

893. L'article 237 est ainsi conçu : « Toutes les fois qu'une évasion de détenus aura lieu, les huissiers, les commandants en chef ou en sous-ordre, soit de la gendarmerie, soit de la force armée, servant d'escorte ou garnissant les postes, les concierges, gardiens, geôliers et tous autres préposés à la conduite, au transport ou à la garde des détenus, seront punis ainsi qu'il suit. »

Deux observations doivent être faites avant d'arriver aux distinctions qui motivent les divers degrés de la peine. La première est qu'il

[1] L. 38. § 11, Dig. de pœnis.

[2] Boerius, dec. 215, nos 3 et 4; Farinacius, quæst. 30, nos 92 et seq.; ord. de 1535, c. 21, art. 15.

[3] L. 25 sept.-6 oct. 1791, 2e part. tit. 3, art. 8.

ne s'agit pas ici de tous les détenus, mais seulement de ceux qui sont détenus légalement et dont la détention a lieu à raison d'un délit ou d'un crime prévu et puni par la loi pénale, ou à titre de prisonniers de guerre. La cour de cassation a décidé, en appliquant ce principe qui a été développé plus haut, que les dispositions que nous allons examiner ne s'appliquent point soit au cas où la personne détenue qui s'est évadée serait un prisonnier pour dettes [1], soit au cas où cette personne, justiciable d'un tribunal étranger, serait détenue à raison d'un crime, mais en vertu d'une ordonnance d'extradition. L'arrêt rendu dans cette dernière espèce déclare : « que si l'arrestation d'un étranger sur le territoire français, en vertu d'une ordonnance du roi prescrivant son extradition, constitue une détention légale; que si, en fait et dans l'espèce, l'arrestation a été régulière dans la forme; que si l'acte par lequel l'évasion a été favorisée est répréhensible à un très-haut degré et éminemment irrespectueux pour l'autorité royale, néanmoins il n'est pas prévu par la loi, au silence de laquelle les tribunaux ne peuvent suppléer; que les différentes dispositions placées sous la rubrique *évasion de détenus* ne sont pas applicables à tous les cas indistinctement où il s'agit d'une personne légalement détenue, mais seulement aux cas respectifs où la personne évadée, non-seulement était prévenue ou accusée à raison d'un délit prévu et puni par les lois françaises, mais encore passible de certaines peines déterminées; que des dispositions pénales no peuvent être étendues [2]. » Cette interprétation est conforme au texte de la loi.

[[Mais il ne faut pas considérer comme arbitraire une détention qui, quoique momentanément irrégulière, a une cause légitime. Un individu, accusé par la clameur publique du crime de viol, avait été saisi et provisoirement confié par le commissaire de police à la garde d'un agent de police qui le laissa évader. Celui-ci, poursuivi à raison de ce fait de négligence, fut renvoyé des fins de la plainte parce que

[1] Voy. *suprà*, n° 882.
[2] Cass. 30 juin 1827, Bull. n° 162.

l'arrestation n'avait pas été régulièrement formalisée. Ce jugement a été cassé, « attendu que les officiers de police judiciaire, auxiliaires du procureur impérial, tiennent de l'article 49 du code d'instruction criminelle, dans le cas de flagrant délit ou de clameur publique, le pouvoir attribué à ce magistrat par les articles 32 et 41 de ce code, de faire arrêter le prévenu d'un fait de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante ; qu'il suffit donc qu'un de ces officiers, agissant dans l'ordre de ses attributions, ait placé l'individu arrêté sous la garde d'un agent de la force publique, pour que celui-ci soit passible des peines que prononcent les articles 237 et 239, lorsqu'il a procuré ou facilité son évasion par sa négligence ; que l'application de ces dispositions n'est point subordonnée à la légalité de l'acte qui a constitué l'agent de police gardien de l'inculpé [1]. »]]

894. Notre deuxième observation se rapporte aux agents qui sont déclarés responsables de l'évasion ; la loi les énumère : ce sont les huissiers, les commandants en chef ou en sous-ordre de la force armée, les concierges, gardiens, geôliers et tous autres préposés à la conduite, au transport ou à la garde des détenus. La responsabilité naît de la fonction : dès que celle-ci impose le devoir de la surveillance, l'évasion doit en faire présumer l'infraction. Mais la loi pénale, qui étend cette responsabilité à tous les préposés civils, ne la fait pas peser sur tous les militaires qui sont employés à l'escorte ou à la garde des détenus. L'article 2 de la loi du 4 vendémiaire an IV portait : « Sont également responsables les citoyens composant la force armée servant d'escorte ou garnissant les postes établis pour la garde des détenus. » L'article 237 a limité son incrimination aux commandants en chef ou en sous-ordre de la force armée : la conséquence de cette désignation est que les militaires qui ne sont ni officiers ni sous-officiers restent rangés dans la classe des personnes étrangères à la garde des détenus, et dès lors ne sont responsables de l'évasion que lorsqu'ils l'ont procurée ou facilitée.

On doit comprendre dans l'énumération de cet article les gardes

[1] Cass. 3 mai 1855, Bull. n° 151.

nationales, car elles font partie de la force armée, mais avec la même restriction relative aux simples gardes nationaux. On doit y comprendre également les préposés des hôpitaux, dans le cas où les détenus y ont été transférés pour cause de maladie [1]; toutefois la responsabilité ne pèse que sur les personnes chargées de la police de ces hôpitaux (décret du 8 janvier 1810, article 11, n° 3).

Mais il faut en excepter les officiers et sous-officiers qui ont laissé évader le prévenu d'un délit militaire confié à leur garde; ce cas spécial est prévu par l'article 17 du titre 8 de la loi du 21 brumaire an V, qui est ainsi conçu : « Lorsque, par une coupable négligence, la force armée aura laissé évader un prévenu de délit militaire confié à sa garde, les officiers, sous-officiers et les quatre volontaires les plus anciens de service faisant partie de la force armée, seront poursuivis et punis de la même peine que le prévenu aurait dû subir, sans néanmoins que cette peine puisse excéder deux ans de fers. » Nous n'examinons point ici cette peine, qui seule a conservé dans cette matière la trace de l'ancienne jurisprudence; nous ne faisons que constater l'exception.

[[Ce texte, s'il a survécu à la loi du 4 vendémaire an VI, a été abrogé par l'art. 216 du code de justice militaire du 4 août 1857, ainsi conçu : « Les dispositions des art. 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 247 et 248 du code pénal ordinaire sont applicables aux militaires qui laissent échapper des prisonniers de guerre ou d'autres individus arrêtés, détenus ou confiés à leur garde, ou qui favorisent ou procurent l'évasion de ces individus, ou les recèlent ou les font recéler. » Il y a lieu de remarquer que ce texte omet de rappeler les art. 244, 245 et 246. La raison en est que les tribunaux militaires ne prononcent ni les dommages-intérêts qui font l'objet de l'art. 244, ni la peine de la surveillance qui est portée par l'article 246; quant à l'art. 245, il est compris dans la disposition générale de l'art. 267 du code de justice militaire.]]

895. Nous passons maintenant à l'examen des divers degrés du

[1] Loi 4 vend. an VI, art. 15 et 16; décret du 8 janv. 1810, art. 1 et 11.

délit. La loi a multiplié dans cette matière les distinctions et les subdivisions ; chaque circonstance est incriminée séparément et imprime au fait une physionomie distincte. Le code puise d'abord la base de ses peines dans la gravité du crime sous le poids duquel l'évadé était détenu : ces peines diffèrent donc suivant que ce fait est passible d'une peine correctionnelle ou infamante, d'une peine afflictive temporaire, enfin d'une peine perpétuelle ou de la peine de mort. Si, en effet, dans ces divers cas, l'acte de l'agent qui a favorisé l'évasion est le même, cet acte acquiert cependant une gravité plus haute, puisqu'il produit un dommage plus grand à la société. [[La quotité de ce dommage, ou, en d'autres termes, le titre de l'accusation ou de la condamnation n'est point toutefois une circonstance aggravante ; elle est constitutive du délit ou du crime, et forme l'un de ses éléments [1].]]

L'article 238 établit le premier degré de cette échelle répressive : « Si l'évadé, porte cet article, était prévenu de délits de police ou de crimes simplement infamants, ou s'il était prisonnier de guerre, les préposés à sa garde ou conduite seront punis, en cas de négligence, d'un emprisonnement de six jours à deux mois, et, en cas de connivence, d'un emprisonnement de six mois à deux ans. »

896. La distinction de la *négligence* et de la *connivence* des préposés est la première disposition à laquelle on doit s'arrêter dans cet article. La négligence est une simple contravention matérielle ; c'est l'infraction du devoir de surveillance imposé à tous les préposés : la loi suppose qu'ils n'ont nullement eu l'intention de faciliter l'évasion, que la pensée de violer leur devoir leur est restée étrangère ; elle ne les punit que parce qu'ils ont omis des mesures de précaution qu'elle leur avait prescrites, ou qu'ils n'ont pas pris les mesures extraordinaires que les circonstances exigeaient. La connivence est, au contraire, l'infraction intentionnelle du devoir ; c'est l'acte par lequel le préposé à la garde du détenu procure ou facilite son évasion, se sert de ses fonctions pour l'accomplir, et trahit la mission confiée à sa foi.

[1] Cass. 7 août 1845, Bull. n° 253.

La négligence et la connivence sont donc séparées par toute la distance qui existe entre l'infraction matérielle et l'infraction morale, entre la contravention et le délit.

La négligence est présumée dans toute évasion de détenus; c'est là le sens de ces termes de l'article 237 : « Toutes les fois qu'une évasion de détenus aura lieu, les préposés seront punis ainsi qu'il suit. » Mais de ces termes on ne doit pas induire que toute évasion entraîne nécessairement l'application d'une peine, car les articles qui suivent subordonnent cette peine au cas de négligence. Il faut donc que le fait de la négligence soit constaté, et que, par exemple, il soit prouvé que le préposé a omis quelques précautions, quelques mesures de sûreté qu'il était de son devoir de prendre; mais le gardien, que ses fonctions rendent responsable de l'évasion, peut être contraint de prouver qu'il n'y a pas de sa faute et qu'aucun fait de négligence ne peut lui être imputé. Telle était la décision de l'article 6 de la loi du 13 brumaire an II, portant qu'aucune peine ne pourrait être prononcée, si les prévenus prouvaient que l'évasion n'avait eu lieu que par l'effet d'une force majeure et imprévue. C'est aux juges qu'il appartient d'apprécier les cas de force majeure : il existe un décret de la convention du 3 messidor an II qui, sur la question de savoir si le mauvais état d'une prison peut créer en faveur du geôlier l'exception de force majeure, déclare : « que c'est aux jurés à décider si, dans la circonstance d'une évasion prouvée par le mauvais état de la prison, la vigilance du concierge a été assez assidue et assez sévère pour qu'il puisse être considéré comme ayant fait tout ce qui était en son pouvoir pour prévenir l'évasion. »

La connivence ne se présume pas. La simple évasion ne suffit pas pour en fonder l'accusation : il faut qu'il soit établi, non-seulement que l'évasion est le résultat de la faute du préposé, mais qu'il l'a sciemment procurée et facilitée; il faut qu'il soit certain que ce n'est pas à sa négligence ou à son impéritie qu'on doit l'imputer, mais à sa volonté, à l'intention coupable de favoriser la fuite d'un détenu. Le prévenu de connivence peut demander que la question relative à la négligence soit posée : cette dernière circonstance est, en effet, en

quelque sorte l'excuse légale du délit ; elle en atténue la gravité, elle en modifie le caractère ; et les nuances quelquefois légères qui peuvent distinguer ces deux actes ne permettent pas d'y voir deux délits que la même prévention ne puisse réunir, que le même fait ne puisse supposer [1].

897. L'article 238 prévoit les cas où le détenu était prévenu de *délits de police*, de *crimes infamants*, ou était *prisonnier de guerre*. Ces mots *délits de police* ont donné lieu à des interprétations diverses : les uns ont voulu y comprendre les délits et les contraventions, parce que, dit-on, le code a voulu parler ici par agglomération, au lieu de dire *délits correctionnels* et *contraventions de police* [2] ; les autres ont restreint, au contraire, cette expression aux seuls délits de police correctionnelle [3]. Le mot *délits* que le code n'applique qu'aux faits correctionnels, et l'assimilation qui lie dans cet article ces délits et les crimes passibles de peines infamantes, sembleraient indiquer que le code a voulu restreindre son incrimination à l'évasion des prévenus de délits correctionnels. On pourrait même ajouter que la détention des prévenus de simples contraventions n'offre point assez d'intérêt à l'ordre social, pour qu'il soit nécessaire d'en garantir la durée par une sanction pénale. Cependant, en matière de simple police, ne pourrait-il point se présenter des faits assez graves pour que l'action d'un geôlier qui faciliterait l'évasion dût être punie?

L'article range dans la même catégorie, avec les prévenus de délits correctionnels et de crimes passibles de peines infamantes, les prisonniers de guerre. La raison d'Etat peut exiger, en effet, que la détention de ces derniers soit efficacement protégée. Dans ce cas, il suffit d'établir la qualité des détenus évadés, pour déterminer le caractère du délit imputable aux gardiens et le degré de la peine qui leur est applicable.

Enfin l'article 238, par une omission qui contraste avec les arti-

[1] *Voy.* cependant arr. contr. cass. 16 avr. 1819, Dall. t. 4, p. 443.

[2] M. Rauter, Traité du dr. crim. t. 1, p. 529.

[3] Carnot, Comm. du cod. pén. obs. sur l'art. 238.

cles 239 et 240, ne fait mention que des prévenus et nullement des condamnés. Faut-il conclure que l'évasion de ces derniers ne fasse encourir aucune responsabilité aux préposés dans l'espèce prévue par cet article? Nous ne le croyons pas. Si la loi les a rendus responsables de l'évasion des simples prévenus dont la culpabilité est incertaine, et qui par conséquent, par cette évasion, ne causent qu'un dommage pour ainsi dire conditionnel à l'ordre social, à plus forte raison cette responsabilité doit-elle s'étendre aux condamnés, dont la peine est une garantie pour la société et une sanction de la morale et des lois. Cette interprétation est d'ailleurs conforme au système général que les articles 239 et 240 ont explicitement formulé, et l'on ne pourrait y déroger, dans le cas de l'article 238, sans qu'une telle exception fût autorisée par la loi. L'omission qui s'est glissée dans cet article n'est évidemment qu'une erreur de rédaction ; on ne peut la prendre comme la base et l'expression d'un principe nouveau.

898. L'article 239 prévoit un degré plus élevé de la criminalité des gardiens : « Si les détenus évadés ou l'un d'eux étaient prévenus ou accusés d'un crime de nature à entraîner une peine afflictive à temps, ou condamnés pour l'un de ces crimes, la peine sera, contre les préposés à la garde ou conduite, en cas de négligence, un emprisonnement de deux mois à six mois ; en cas de connivence, la reclusion. » Enfin l'article 240 s'occupe d'une hypothèse plus grave encore : « Si les évadés ou l'un d'eux, porte cet article, sont prévenus ou accusés de crimes de nature à entraîner la peine de mort ou des peines perpétuelles, ou s'ils sont condamnés à l'une de ces peines, leurs conducteurs ou gardiens seront punis d'un an à deux ans d'emprisonnement, en cas de négligence, et des travaux forcés à temps, en cas de connivence. » Ces deux articles maintiennent et continuent la distinction tracée par l'article 238 entre la négligence et la connivence : nous avons établi tout à l'heure les caractères distincts de ces deux infractions. Ils inculpent les *conducteurs* et les *gardiens* ; mais, pour l'explication de cette expression nouvelle, il faut se reporter à l'art. 237 qui a soigneusement énuméré les personnes que

la responsabilité peut atteindre, et dont la définition domine tout ce paragraphe. Enfin, il faut remarquer que ces deux articles, de même que l'article 238, ne prononcent de peines qu'au cas de l'évasion consommée : cela résulte du texte même de ces articles qui ne s'occupent que du cas où les détenus sont évadés, des termes généraux de l'article 237 qui ne déclare les gardiens responsables qu'autant qu'une évasion a eu lieu, enfin de la restriction de l'article 241 qui, dans un cas spécial, prévoit explicitement l'évasion et la tentative de l'évasion. Cela résulte surtout de ce qu'on ne peut évidemment accuser les gardiens de négligence qu'autant que l'évasion a été exécutée, et de ce que les signes de la connivence sont trop douteux pour être inculpés jusqu'à ce qu'elle se soit trahie par l'évasion ou par les actes extérieurs mentionnés par l'article 241.

899. Cet article est ainsi conçu : « Si l'évasion a eu lieu ou a été tentée avec violence ou bris de prison, les peines contre ceux qui l'auront favorisée en fournissant des instruments propres à l'opérer, seront, en cas que l'évadé fût de la qualité exprimée en l'art. 238, trois mois à deux ans d'emprisonnement ; au cas de l'article 239, deux à cinq ans d'emprisonnement ; et au cas de l'article 240, la reclusion. » Le délit prévu par cet article est complexe et se compose de deux éléments distincts : il faut que le gardien ait fourni des instruments propres à opérer l'évasion, avec la pensée de la favoriser, et qu'à l'aide de ces instruments l'évasion ait été effectuée ou tentée avec bris et violence. Il est donc nécessaire que ces deux circonstances soient réunies et constatées pour motiver son application. La tentative est assimilée, dans cette hypothèse, à l'évasion consommée, parce qu'à l'égard du gardien le délit est le même dans l'un et l'autre cas : ce délit est consommé à son égard par la remise des instruments, faite avec la connaissance de leur destination, et suivie du fait matériel de leur emploi.

Il est à remarquer ensuite qu'il ne s'agit plus ici de l'évasion procurée par négligence ou par connivence, mais de celle qui s'est opérée par bris de prison ou par violence. Mais cette distinction donne lieu de signaler une anomalie dans la distribution des peines :

si l'évadé est un condamné à des peines perpétuelles, et que le gardien lui ait fourni les instruments qui lui ont servi à rompre les barreaux de la prison, la peine sera la reclusion, aux termes de l'article 241 ; s'il lui a fourni, au contraire, des instruments propres à opérer l'évasion sans bris de prison ni violence, et par exemple une échelle pour escalader les murs, l'article 241 cessera d'être applicable, et il faudra recourir à l'article 240 qui punit cet acte de connivence des travaux forcés à temps. Toutefois, il est évident que ces deux actes ont la même valeur morale et les mêmes résultats matériels.

900. Le crime des gardiens devient plus grave s'ils ont remis des armes au détenu pour favoriser son évasion ; l'article 243, qui prévoit cet acte de connivence, est ainsi conçu : « Si l'évasion avec bris ou violence a été favorisée par transmission d'armes, les gardiens et conducteurs qui y auront participé seront punis des travaux forcés à perpétuité. » La loi suppose qu'en remettant les armes, le préposé a prévu qu'elles serviraient à favoriser l'évasion ; elle le rend responsable de l'usage que le détenu peut en faire en s'évadant avec violence ; elle le punit de la peine qu'elle réserve aux violences les plus graves. De là il suit qu'il ne suffirait pas, pour l'application de l'article, que les armes eussent été remises avec la pensée qu'elles dussent servir à la fuite du détenu, il faut encore que l'évasion avec bris ou violence ait été opérée à l'aide de ces armes : l'évasion à main armée, voilà le fait matériel ; la remise des armes pour la favoriser, voilà la criminalité du fait.

La peine des travaux forcés à perpétuité n'a point été établie dans cet article sans contestation : la commission du corps législatif en avait demandé la modification ; on lit dans son rapport : « Les gardiens qui transmettent des armes pour faciliter une évasion, et les autres personnes qui y coopèrent, sont bien coupables sans doute ; mais les travaux forcés à perpétuité pour les uns, et les travaux forcés à temps pour les autres, paraîtront d'une excessive sévérité. Le but de la loi est de punir des actes aussi criminels ; mais ne trouvera-t-on pas que les peines des travaux forcés à temps et de la reclu-

sion, étant afflictives et infamantes, donnent aux coupables une juste punition et à la société une garantie convenable? » Ces observations étaient fondées, et elles auraient pu s'étendre aux diverses dispositions qui incriminent les actes de connivence des préposés à la garde des détenus. En effet, si la loi a distingué avec une minutieuse exactitude les diverses modifications de leur culpabilité, elle a appliqué en même temps à chaque modification une peine d'un degré supérieur, et elle a conduit rigoureusement jusqu'aux travaux forcés à perpétuité ce système d'aggravation. Or, comme il s'agit au fond du même crime, qui revêt seulement des nuances différentes, peut-être eût-il été plus convenable de se borner à prolonger à chaque degré la durée de la peine, sans en changer la nature. On peut remarquer, d'ailleurs, que le code n'a pas même suivi avec exactitude le système d'aggravation qu'il s'était imposé. En effet, tandis que l'article 238 punit d'un emprisonnement de six mois à deux ans la connivence du gardien qui a fait évader le prévenu d'un crime passible d'une peine infamante, l'article suivant, relatif à l'évasion des prévenus de crimes passibles d'une peine afflictive et infamante, au lieu de prononcer pour ce degré immédiatement supérieur la peine immédiatement supérieure, c'est-à-dire celle de deux à cinq ans d'emprisonnement, saute ce degré intermédiaire et s'élève brusquement jusqu'à la reclusion. Il serait difficile de justifier et même d'expliquer cette singulière omission.

M. Carnot prétend qu'il faut restreindre le mot *armes*, employé dans l'article 243, aux armes proprement dites, et qui reçoivent cette dénomination dans l'acception commune; mais qu'il ne faut pas l'étendre à tous les instruments ou ustensiles que l'article 101 a compris dans sa définition. Il s'appuie sur ce que l'article 241 prévoit, suivant lui, la remise de ces instruments, et que l'article 243 doit dès lors être réservé pour la remise des armes proprement dites. Cette opinion ne nous paraît pas fondée. Le principe de la loi est que les armes puisent leur caractère non pas tant dans la matière qui les forme que dans l'usage auquel elles sont destinées [1]. Si donc les

[1] *Voy.* notre n° 407.

instruments transmis, quoique n'ayant pas le caractère d'armes proprement dites, rentrent dans les termes de l'article 101, et sont destinés à favoriser une évasion à force ouverte, nul doute que l'article 243 ne soit applicable; si, au contraire, ces instruments n'ont pour but que de favoriser une effraction matérielle de la prison, l'article 241 devrait seul être invoqué. Toutefois, si les instruments transmis n'étaient pas seulement des ustensiles assimilés aux armes par leur destination et leur emploi, mais des armes dans le sens ordinaire de ce mot, on ne pourrait appliquer ce dernier article, sous prétexte que ces armes n'étaient destinées qu'à rompre les barreaux ou percer les murs de la prison; la loi est trop positive, en effet, pour qu'on puisse éluder sa disposition par une distinction qu'elle n'a pas faite, et le gardien doit s'imputer dans tous les cas d'avoir remis des armes qui, dans les mains du prisonnier, pouvaient servir à un usage plus terrible qu'au bris de sa prison.

901. Telles sont les dispositions pénales qui s'appliquent spécialement aux préposés à la garde des détenus, en cas d'évasion de ceux-ci. La peine accessoire de la surveillance et les dommages-intérêts des parties civiles peuvent encore, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, se réunir à ces peines principales. Mais nous devons d'abord en rapprocher, pour lier et compléter cette matière, un article qui, dans un seul cas, celui où la peine est encourue pour négligence, crée une cause d'exemption ou du moins de cessation de cette peine. L'art. 247 est ainsi conçu : « Les peines d'emprisonnement ci-dessus établies contre les conducteurs et les gardiens, en cas de négligence seulement, cesseront lorsque les évadés seront repris ou représentés, pourvu que ce soit dans les quatre mois de l'évasion, et qu'ils ne soient pas arrêtés pour d'autres crimes ou délits commis postérieurement. »

La restriction de cette disposition aux seuls cas de négligence se justifie facilement. En effet, les contraventions matérielles ne sont punies qu'à raison du dommage qu'elles causent; il serait donc trop rigoureux de prolonger la peine quand ce dommage est réparé. Mais il n'en est pas de même dans les cas de connivence : la reprise de l'évadé répare le dommage matériel, mais elle n'efface pas le délit moral qui doit s'expier par l'exécution de la peine. Toutefois deux

dispositions limitent l'article 247 : il faut que l'évadé ait été repris, ou se soit représenté dans les quatre mois de l'évasion ; il faut ensuite qu'il n'ait pas commis d'autres crimes ou délits depuis son évasion. Dans ce dernier cas, la loi impute en quelque sorte au gardien négligent d'avoir été la cause occasionnelle de ces crimes ; ils sont la suite de son infraction ; elle en fait remonter jusqu'à lui la responsabilité, en maintenant la peine, même après l'évasion réparée. [[Toutefois, si l'évadé, quoiqu'il ait commis de nouveaux crimes ou délits depuis son évasion, a été arrêté, non pas à raison de ces faits, mais à raison de son évasion, il y a lieu d'appliquer encore l'art. 247 au gardien. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt qui déclaré : « que ce texte est clair et précis, et qu'en matière pénale surtout il n'est pas permis de porter les dispositions de la loi d'un cas à un autre et de substituer à la lettre de la loi une interprétation arbitraire, sur le fondement que cette interprétation assurerait à la loi plus d'efficacité ; que l'art. 247 n'étant, dans sa disposition, ni obscur ni ambigu, il n'est pas possible de substituer au cas où le prisonnier évadé est arrêté pour les crimes ou délits commis postérieurement à cette évasion, le cas où, quoique simplement arrêté à cause de cette évasion, il a commis depuis cette évasion des crimes qui néanmoins n'ont pas été la cause occasionnelle de son arrestation ; qu'il ne résulte nullement du texte de la loi qu'elle ait voulu rendre les conducteurs ou gardiens responsables des suites de leur négligence, quant aux crimes qu'elle aurait indirectement facilités ; que la loi a uniquement voulu intéresser les conducteurs et gardiens à la reprise des prisonniers évadés, et que ce but est atteint quand les évadés ont été repris avant les quatre mois [1]. »]]

Il est plus difficile de justifier la première restriction : si l'arrestation n'a lieu qu'après le quatrième mois et que le gardien soit encore en prison, l'excuse sera-t-elle donc moins efficace ? Tant que la peine n'est pas subie, l'arrestation de l'évadé y doit mettre un terme, car elle répare le fait matériel, et ce n'est qu'un fait matériel que la

[1] Cass. 30 déc. 1843, Bull. n° 335 ; Dev. 44. 1. 369.

loi punit. L'article 15 de la loi du 4 vendémiaire an VI, dans lequel l'article 247 a été puisé, prononçait la remise de la moitié de la peine, si les condamnés venaient à être repris *dans les six mois* de leur évasion. On ne voit pas le motif qui a fait abréger la durée de ce terme ; et il eût été plus logique de n'en pas fixer du tout, car la même raison de décider se présente après quatre mois, après six mois, après un an depuis l'évasion.

902. L'évasion peut être favorisée non-seulement par les préposés à la garde des détenus, mais par des personnes étrangères à cette garde ; la loi, après avoir incriminé les actes de négligence ou de connivence des premiers, a dû s'occuper des actes de complicité de celles-ci. Ces personnes ne sauraient être inculpées de négligence, car elles n'ont point de devoir spécial à remplir ; elles ne peuvent donc être punies que pour le fait de connivence, c'est-à-dire pour avoir *procuré* ou *facilité* l'évasion. Le code pénal n'a point défini ces termes, par conséquent tous les actes qui ont eu pour effet de préparer et d'aider l'évasion peuvent rentrer dans cette incrimination. Peu importe, du reste, que cette évasion se soit effectuée avec ou sans violence, avec ou sans effraction : l'excuse que l'évadé peut faire valoir, dans le cas d'une évasion sans circonstances aggravantes, ne peut être invoquée par les tiers.

Cela posé, les mêmes distinctions qui ont servi à déterminer les pénalités des gardiens ont été appliquées aux tiers étrangers à la garde ; les peines dont ils sont passibles ont donc une double base : le dommage causé par l'évasion, et la nature même de l'acte de connivence. La peine qui prend sa base dans la quotité du dommage causé a trois degrés, suivant que le détenu était prévenu d'un délit correctionnel ou d'un crime passible d'une peine infamante, d'un crime puni d'une peine afflictive, et enfin d'un crime puni d'une peine perpétuelle ou de la peine de mort. Le deuxième paragraphe de l'article 238 a prévu le premier cas : « Ceux, porte cet article, qui, n'étant pas chargés de la garde ou de la conduite du détenu, auront procuré ou facilité son évasion, seront punis de six jours à trois mois d'emprisonnement. La deuxième hypothèse fait l'objet du se-

cond paragraphe de l'article 239, qui est ainsi conçu : « Les individus non chargés de la garde des détenus, qui auront procuré ou facilité l'évasion, seront punis d'un emprisonnement de trois mois à deux ans. » Enfin l'article 240 complète ce système d'aggravation en ces termes : « Les individus non chargés de la conduite ou de la garde, qui auront facilité ou procuré l'évasion, seront punis d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus. » Ainsi, dans ces trois articles, la loi prévoit le même délit, le fait d'avoir procuré ou facilité l'évasion : la peine seule diffère, et cette peine s'accroît en raison de la gravité de celle qui pesait sur le prisonnier évadé.

903. La loi pénale reprend ensuite les actes de connivence, et les incrimine, dans trois cas spéciaux, non plus à raison de l'importance de la captivité du prisonnier, mais à raison de leur caractère propre. Ces trois cas sont la remise faite sciemment d'instruments propres à opérer l'évasion avec violence ou bris de prison ; la transmission d'armes destinées à favoriser une évasion à force ouverte ; enfin, la corruption exercée sur les gardiens ou geôliers. Les deux premières hypothèses sont prévues par les articles 241 et 243, et les observations que nous avons faites en appliquant ces deux articles aux gardiens s'appliquent également aux tiers, qui sont punis, dans le premier cas, d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et même de la reclusion, et dans le deuxième, des travaux forcés à temps. Nous ne nous arrêterons donc qu'à l'article 242, qui porte : « Dans tous les cas ci-dessus, lorsque les tiers qui auront procuré ou facilité l'évasion y seront parvenus en corrompant les gardiens ou geôliers, ou de connivence avec eux, ils seront punis des mêmes peines que lesdits gardiens ou geôliers. »

Cet article prévoit deux délits distincts : la corruption exercée sur les gardiens pour favoriser l'évasion, et la connivence avec ces gardiens pour parvenir au même but. En punissant dans le premier cas le corrupteur des mêmes peines que le fonctionnaire corrompu, la loi n'a fait que formuler une application de la règle qu'elle avait posée dans l'article 179. Mais la question peut s'élever de savoir si le deuxième paragraphe de cet article, qui ne prononce qu'un simple

emprisonnement quand la tentative de corruption n'a eu aucun effet, serait applicable au cas prévu par l'article 242. Nous pensons qu'il faudrait répondre affirmativement. L'article 242 suppose évidemment que la corruption a été consommée, car il ne prévoit que le cas où les tiers sont *parvenus* à procurer l'évasion *en corrompant les gardiens ;* donc la tentative de corruption non suivie d'effet, n'étant pas prévue par cet article spécial, est restée dans le droit commun, et dès lors devient passible de la peine portée par l'article 179.

904. Le code est également fidèle à la règle posée par l'article 59, en punissant les tiers qui ont formé un lien de complicité avec les gardiens, de la même peine que ceux-ci. Nous nous bornerons à répéter ici que cette assimilation n'est point exacte, puisque les deux criminalités ne sont pas les mêmes : les uns et les autres commettent un délit moral en enfreignant les prescriptions de la loi, en provoquant même à sa désobéissance. Mais les gardiens trahissent en outre un devoir qui dérive de leurs fonctions et qui n'est pas imposé aux autres personnes. On ne saurait donc sans injustice faire peser sur celles-ci une aggravation de peine qui puise sa source dans ce devoir, auquel elles n'étaient pas assujetties. Quoi qu'il en soit, ces mots : *dans tous les cas ci-dessus*, indiquent que cette disposition s'étend à tous les cas où des tiers ont pris part à une évasion ; quel que soit le fait imputé à l'évadé, quelles que soient les circonstances de l'évasion, dès qu'il y a eu de la part de ces tiers connivence avec les gardiens ou corruption exercée sur eux, la barrière qui dans chaque article les séparait de ces gardiens s'abaisse et se détruit ; les deux classes n'en forment plus qu'une ; ils sont assimilés à ces gardiens, soumis à la même responsabilité, et punis des mêmes peines.

La loi a soigneusement énuméré tous les cas de complicité des personnes étrangères à la garde des détenus et qui leur prêtent appui pour leur évasion. Cependant elle semble n'avoir point prévu l'une des espèces les plus graves de ce délit, celle où ces personnes feraient invasion par la force dans la prison et mettraient les prisonniers en liberté. A la vérité, cette hypothèse rentrerait dans les termes généraux de la loi, puisque l'évasion aurait été *facilitée* ou *procurée* aux

détenus. Mais il est visible que ce mode d'exécution du délit en aggraverait le caractère, et que dès lors une disposition distincte devait le prévoir et le réprimer. Les anciens jurisconsultes avaient porté leur prévoyance sur ce cas spécial : *Non solùm punitur carceratus qui fracto carcere aufugit, sed etiam et alius non carceratus carcerum effractor ad hoc ut carcerati aufugiant* [1]. La peine qui frappait les actes de ces agents était la peine même à laquelle les détenus étaient condamnés et pour laquelle ils étaient détenus : *eâdem pœnâ quâ puniendi erant carcerati pro delicto pro quo detinebatur.*

905. Peut-être doit-on également regretter que la loi pénale n'ait point étendu aux parents du détenu qui ont favorisé l'évasion, mais en la modifiant, l'exception établie par le § 2 de l'art. 248. L'affection qui naît de la parenté forme une excuse que le législateur ne peut pas plus méconnaître dans le cas de l'évasion que dans celui du recèlement. L'ancienne jurisprudence admettait cette excuse dans les deux cas : des arrêts nombreux sont rapportés par Mornac [2], par Julius Clarus [3], par Jousse [4], qui ont exempté de toutes peines une femme, des enfants, de proches parents qui avaient arraché des mains des archers leur mari, leur père, leur frère. A la vérité, une nuance sépare les deux délits ; la femme, le père ne pourraient sans inhumanité repousser leur fils ou leur époux qui réclame un refuge sous leur toit ; ils le reçoivent, mais là s'arrête leur participation. La complicité d'évasion n'est pas seulement, comme le recel, un acte passif et presque forcé ; c'est un acte de révolte active contre la loi, c'est un appui matériel donné à l'infraction, c'est un concours volontaire au délit. Aussi ce n'est pas une exception entière, mais seulement une atténuation de la peine, qui nous semblerait devoir être établie dans ce dernier cas ; et cette disposition est tellement commandée par la nature des choses, que quelques tribunaux n'ont point hésité, malgré les termes restrictifs de la loi, d'étendre le deuxième

[1] Farinacius, quæst. 30, n° 92 ; Boerius, dec. 215, n° 394.
[2] Sur la loi 1, § 2, Dig. ne quis eum qui in jus voc.
[3] Quæst. 29, no 5.
[4] T. 2, p. 578.

paragraphe dè l'article 248 aux parents qu'il désigne prévenus de complicité du délit d'évasion [1].

906. Deux dispositions accessoires s'appliquent à la fois aux gardiens et aux personnes étrangères à la garde des détenus, qui ont facilité leur évasion : ce sont les articles 244 et 246. Le premier de ces articles est ainsi conçu : « Tous ceux qui auront connivé à l'évasion d'un détenu seront solidairement condamnés, à titre de dommages-intérêts, à tout ce que la partie civile du détenu aurait eu droit d'obtenir contre lui. » Cette disposition a pris sa source dans l'ancien droit : *Eximens debitorem ex carcere tenetur solvere de proprio debitum creditoribus non aliter ac si fuisset ipsius debitoris fidejussor* [2]. Jousse établit cette décision comme une règle : « Si le prisonnier, dit-il, était détenu seulement pour dettes civiles, les complices de l'effraction pour le sauver doivent, outre la peine du bris de prison, être condamnés à payer la dette [3]. » Au reste, cette disposition n'est qu'une application de l'article 1382 du code civil, qui oblige quiconque cause par son fait un dommage à autrui à le réparer ; seulement il aggrave cette règle à l'égard des prévenus de connivence, en attachant à leur responsabilité le lien de la solidarité : chacun des complices du délit de connivence est tenu des dommages-intérêts *in solidum*. Est-il nécessaire, pour faire naître cette action, que la partie civile se soit constituée avant l'évasion ? Non, pourvu qu'elle fût dans les délais utiles pour se constituer encore ; car rien ne la forçait de le faire avant l'expiration de ces délais, et elle ne peut perdre son recours quand elle n'a aucune faute à s'imputer. Les créanciers auraient-ils le même droit ? Nullement, car l'article 244 ne s'applique qu'à la partie civile ; les créanciers restent donc dans le droit commun. Enfin, la partie lésée qui n'a pas figuré aux débats dans lesquels le détenu a été condamné, peut-elle, en vertu de cet article, former un recours par la voie civile, à raison des dom-

[1] Arr. Paris, 24 avr. 1816, Sir. t. 16, p. 180.
[2] Farinacius, quæst. 30, n° 107.
[3] Traité des matières crim. t. 4, p. 87.

mages-intérêts auxquels elle avait droit, mais qu'elle n'avait pas réclamés? Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement. La loi n'a point limité la voie que la partie lésée doit choisir pour faire valoir ses droits : il suffit qu'ils soient fondés et que l'évasion l'ait empêchée de les invoquer, pour qu'elle puisse diriger son action contre le complice, qui, suivant l'expression de Farinacius, s'est porté, par le fait de sa complicité, la caution du détenu qu'il a fait évader.

907. La deuxième disposition commune aux gardiens et aux personnes étrangères est l'article 246, qui porte : « Quiconque sera condamné, pour avoir favorisé une évasion ou des tentatives d'évasion, à un emprisonnement de plus de six mois, pourra, en outre, être mis sous la surveillance spéciale de la haute police, pour un intervalle de cinq à dix ans. » Cet article avait excité les réclamations de la commission du corps législatif : « Quoique la disposition de mise en surveillance énoncée en cet article ne soit que facultative, disait cette commission, on peut se dispenser de l'insérer. Ceux qui favorisent ou concertent une évasion, étant ordinairement des parents ou amis, contre lesquels il y a rarement d'autres reproches à faire, il ne paraît pas que la mesure de surveillance soit nécessaire à leur égard. S'il se trouve des individus qui en fassent habitude, alors ils tombent dans un cas de récidive, et dès lors ils sont soumis à la surveillance, suivant l'esprit de l'article 58 concernant la récidive. » Le conseil d'Etat répondit que, puisque la disposition n'était que facultative, les juges ne seraient jamais forcés de l'appliquer malgré eux à des cas où ils la trouveraient trop rigoureuse ; mais qu'il est aussi des cas où il serait utile de leur donner le pouvoir d'en faire usage. Ce motif fit maintenir l'article. Du reste, pour qu'il puisse être appliqué, il faut que le complice de l'évasion ait été condamné à un emprisonnement de plus de six mois : la surveillance est subordonnée à cette condition expresse.

908. Ici se terminent nos observations relatives aux fauteurs et complices de l'évasion. Il nous reste à examiner le délit des personnes qui, sans prendre une part active à l'évasion, y participent en quel-

que sorte en recélant le détenu évadé. L'article 248 est ainsi conçu : « Ceux qui auront recélé ou fait recéler des personnes qu'ils savaient avoir commis des crimes emportant peine afflictive, seront punis de trois mois d'emprisonnement au moins et de deux ans au plus. » Mais cette disposition ne se borne pas, comme on le voit, à prévoir et à punir le recèlement des détenus évadés : elle a généralisé ses termes; elle a franchi les limites de ce chapitre ; elle s'applique au recèlement de toutes les personnes qui ont commis des faits qualifiés crimes par la loi. C'est donc une disposition distincte et qui n'est ni la conséquence ni le complément des dispositions que nous venons de parcourir; c'est une incrimination spéciale, un délit différent et nouveau, et c'est sous ce point de vue qu'il faut l'examiner.

Il est nécessaire, en premier lieu, d'apprécier les rapports et les différences qui se trouvent entre l'article 248 et les articles 61 et 62 du code pénal. Ce dernier article ne prévoit que le recélé des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, tandis que l'article 248 ne s'occupe, au contraire, que du recèlement des personnes coupables de crimes : la distance qui sépare ces deux articles est donc bien tranchée; ce sont deux délits distincts et par leur objet et par leur moralité; nulle confusion n'est possible entre eux. Le délit prévu par l'article 61 a plus de liens avec celui que punit l'article 248 : là aussi il s'agit d'un recèlement de personnes, là aussi il s'agit d'une retraite ouverte à des criminels. Mais il est facile toutefois d'apercevoir les caractères différents de ces deux incriminations : l'article 61 punit l'habitude de fournir logement et secours; ce qu'il a voulu punir, ce sont les repaires secrètement préparés aux malfaiteurs toujours sûrs d'y trouver asile; ce sont les individus qui font métier de tenir ces retraites afin d'avoir une part dans les brigandages ; de là la règle qui les considère et les punit comme complices [1]. L'article 248 diffère de cet article en ce qu'il ne punit point l'habitude de recéler, mais un acte isolé; en ce qu'il ne considère point cet acte comme un acte de parti-

[1] *Voy.* t. 1er, p. 407 et 433.

cipation au crime commis, mais comme un délit distinct et spécial; enfin, en ce qu'il n'est point limité au recèlement d'une classe de malfaiteurs, mais qu'il s'étend à celui de toutes personnes qui ont commis des crimes.

Cela posé, il devient facile d'apprécier le véritable caractère du délit de recèlement; ce n'est point un acte de participation au crime commis, ce n'est pas même un acte d'approbation donné à ce crime, car il est impossible de tirer une pareille induction d'un fait qu'une foule de circonstances et de sentiments divers peuvent suggérer. Dans l'esprit de la loi, aucun lien criminel ne réunit le recéleur et la personne recélée; celui-là a pu ne céder qu'à un sentiment d'affection ou même d'humanité; il a pu blâmer hautement l'action du coupable et rejeter toute solidarité de cette action. Le seul fait que la loi pénale veut apercevoir et punir, c'est qu'en recélant un coupable que la justice réclame, il se rend coupable de désobéissance et en quelque sorte de rébellion envers la loi qui prescrit la poursuite des crimes et l'application des peines. C'est en ne considérant le recèlement que sous ce rapport spécial, que la loi ne l'a puni que d'une peine correctionnelle.

909. Les textes du Digeste et du Code de Justinien assimilent aux coupables eux-mêmes les individus qui les ont recélés : *in pari causâ habendi sunt*, porte le Digeste [1]; et le Code ajoute : *par ipsos et eos pœna expectet* [2]. Mais il faut remarquer que dans l'espèce de la première loi il s'agissait des officiers publics qui auraient reçu de l'argent pour recéler ou faire évader les malfaiteurs, et le Code suppose une association quelconque entre les recéleurs et les criminels que poursuit la justice. Ces textes sont donc étrangers à notre espèce; aussi les jurisconsultes, qui s'écartent rarement des décisions des lois romaines, n'ont pas hésité dans ce cas spécial à enseigner qu'une peine arbitraire, c'est-à-dire proportionnée aux circonstances, était seule applicable : *in illum domi suæ receptante*

[1] L. 1, Dig. de receptatoribus.

[2] L. 1, C. de his qui latrones vel alios crimin. reos occult.

et occultante non eadem pœna sed arbitraria [1]. Notre ancien droit renfermait des décisions diverses : les ordonnances de Moulins et de Blois (articles 26 et 193) portaient une disposition ainsi conçue : « Et d'autant que plusieurs de nos sujets donnent confort, et aident et recèlent les coupables contre lesquels il y a décret pour crime et délit, défendons à tous nos sujets, de quelque état et qualité qu'ils soient, de recevoir ni *recéler* aucuns accusés et poursuivis en justice pour crime et délit ; ainsi leur enjoignons de les mettre ès mains de ladite justice, sur peine d'être punis de la même peine que seront les coupables. » Mais une autre ordonnance de janvier 1629 ne prononçait d'autre peine que « d'être tenus en leur propre et privé nom des amendes et réparations jugées à l'encontre des coupables, et d'en demeurer cautions et responsables. »

910. Au reste, le délit prévu par l'article 248 repose sur une double base : la loi exige que les personnes recélées aient commis un crime emportant peine afflictive, et que le recéleur ait formellement connu cette circonstance. La première condition suppose que la personne recélée est convaincue du crime, et par conséquent qu'elle a été condamnée ; car, dans le langage de la loi, nul n'est censé avoir commis un crime, si ce n'est ceux que la justice en a déclarés coupables : et d'ailleurs comment savoir, si ce n'est après le jugement, que le fait commis emportera telle ou telle peine ? Supposons que l'article 248 s'étende même au recélé des personnes seulement inculpées : que deviendrait la condamnation du recéleur, si ces personnes mises ensuite en jugement sont acquittées ou condamnées à toute autre peine qu'une peine afflictive ? Que serait-ce qu'une condamnation soumise à une condition résolutoire ? Comment qualifier une peine dont le sort dépendrait d'un jugement à venir ? Ce n'est donc que le recèlement des coupables, c'est-à-dire des condamnés, que la loi a voulu punir ; et, en effet, l'incertitude de la

[1] Farinacius, quæst. 30, nº 98 ; Barthole, in l. 1, Dig. de re recept.; Menochius, in tractatis de arbitr. jud. causis, casu 348 ; Carrerius, in Pract. crimin. § homicidium, nº 33.

culpabilité des prévenus enlève au recélé une partie de sa criminalité : le recéleur a pu croire légitimement à l'innocence de ce prévenu, il a pu croire que l'acte imputé n'avait pas la gravité que l'action publique lui supposait. La deuxième condition est que le recéleur ait positivement connu la position légale du criminel ; et il est évident, en effet, que s'il ne l'a pas connue, aucune responsabilité ne doit peser sur lui. Toute la moralité de l'acte du recélé est dans cette connaissance : il n'est donc pas permis de la supposer ; il faut qu'elle soit formellement établie, et tout jugement prononcé contre le recéleur, qui ne déclarerait pas l'existence de cette circonstance, n'aurait aucune base et serait frappé de nullité.

[[La jurisprudence n'a pas tout à fait adopté cette opinion relativement à la première de ces deux conditions élémentaires. Elle reconnaît bien, puisque la loi l'a formellement exigé, qu'il est nécessaire que le recéleur ait eu une connaissance personnelle de la culpabilité du criminel, mais il lui paraît inutile, pour l'application de l'article, que cette culpabilité ait été déclarée par un arrêt. L'arrêt qui consacre cette doctrine porte « que l'article 248 n'exige pas, pour l'application des peines qu'il prononce, que la culpabilité de l'individu objet du recel ait été légalement reconnue ; que ses dispositions ont principalement en vue les mesures de sûreté publique à prendre, quand un crime vient d'être commis, pour empêcher l'évasion du coupable, en punissant ceux qui, connaissant le crime commis, recèlent le criminel et lui procurent ainsi les moyens de se soustraire aux recherches de la justice ; que toutefois il ne suffit pas, pour que les auteurs de ce délit soient déclarés coupables, qu'ils aient été informés des poursuites exercées contre le prévenu, mais qu'il faut encore, pour faire une juste application de l'article 248, que les recéleurs aient eu une connaissance personnelle que l'individu qu'ils ont recélé avait commis le crime qui donne lieu à ces poursuites[1]. » Cet arrêt ne répond pas à l'objection qui avait été proposée : comment concilier la constatation de cette connaissance

[1] Cass. 15 oct. 1853, Bull. n° 515.

personnelle avec la possibilité de l'acquittement ultérieur du recélé? Comment exiger cette certitude de la culpabilité lorsque le recélé n'est encore que prévenu et que la constatation judiciaire du crime n'est pas faite? N'est-ce pas substituer, dans l'article 248, à ces mots : « qu'ils savaient, » ceux-ci : « qu'ils croyaient? »]]

911. Mais l'article 248 s'applique non-seulement aux personnes qui ont recélé, mais à celles qui ont fait recéler : l'action des unes et des autres est, en effet, la même ; que la désobéissance à la loi soit directe ou indirecte, elle n'est pas moins une désobéissance. Ainsi cette disposition s'étend à tous les individus qui ont procuré un asile au criminel, soit sous leur toit, soit sous un toit étranger. Toutefois les termes de la loi ne s'appliquent qu'au refuge donné ou procuré, et non point aux secours qui auraient pu être offerts au réfugié : la loi peut, dans un intérêt social, défendre de dérober à l'action de la justice une personne déclarée coupable et que cette justice réclame et poursuit ; mais elle ne pourrait porter plus loin sa prévoyance sans blesser les droits de l'humanité, et transformer en délit l'appui et les secours fournis au condamné dont la position les réclame.

Le deuxième paragraphe de l'article 248 renferme, au surplus, une exception que l'humanité a dictée et que la justice la plus rigoureuse ne pourrait désavouer ; il est ainsi conçu : « Sont exceptés de la présente disposition les ascendants ou descendants, époux ou épouses, même divorcés, frères ou sœurs des criminels recélés, ou leurs alliés aux mêmes degrés. »

La loi romaine avait établi cette exception : *Eos apud quos adfinis vel cognatus latro conservatus est, neque absolvendos, neque severè admodùm puniendos. Non enim par est eorum delictum, et eorum qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt* [1]. Tous les jurisconsultes, en s'appuyant sur ce texte, ont admis l'exemption qu'il pose, en lui accordant plus ou moins de développement, plus ou moins d'effets [2]. Jousse, en recueillant cette décision, la motive en

[1] L. 2, Dig. de receptatoribus.

[2] Menochius, casu 348, n°s 12 et 13 ; Farinacius, n°s 99 et 100 ; Damhouderius, in Pract. crim. cap. 134, n° 5.

ces termes : « Les proches parents qui retirent chez eux les voleurs sont excusables, si d'ailleurs ils ne sont pas participants à leurs vols, parce qu'alors ils sont présumés leur donner retraite pour les garantir et mettre à couvert des poursuites de la justice : ainsi ils doivent être punis moins sévèrement que les autres recéleurs ; car c'est une maxime constante que les lois relâchent de leur sévérité, quand elles sont offensées par un motif de charité inspiré par la nature [1]. »

[1] Jousse, t. 4, p. 251.

CHAPITRE XXXVII.

BRIS DE SCELLÉS ET ENLÈVEMENT DE PIÈCES DANS LES DÉPÔTS PUBLICS.

(*Commentaire des art.* 249 *à* 256 *du C. pén.*)

912. Objet et division du chapitre.

§ Ier. — *Bris de scellés.*

913. Législation antérieure et caractère général de ce délit.
914. Double hypothèse prévue par la loi : les gardiens sont responsables des scellés, lors même qu'ils ont été brisés par des tiers (art. 249).
915. Du bris de scellés par les gardiens (art. 252).
916. Du bris des scellés apposés sur les effets du prévenu ou accusé (art. 250 et 251).
917. Circonstance aggravante de la violence.
918. Du vol commis à l'aide du bris de scellés (art. 253).

§ II. — *Enlèvement de pièces dans les dépôts publics.*

919. Caractère du délit de violation du dépôt public.
920. Soustraction ou enlèvement de pièces dans un dépôt public. A quels actes et à quels lieux de dépôt s'applique l'art. 254?
921. Quels sont les dépositaires qui rentrent dans les termes de cet article ?
922. Aggravation du fait quand la destruction a eu lieu volontairement et dans le dessein de nuire (art. 255).
923. Aggravation nouvelle si l'enlèvement a été opéré avec violences (art. 256).

---

912. Les bris de scellés et les enlèvements de pièces ne sont considérés dans ce chapitre que dans leurs rapports avec l'autorité publique dont ils blessent les prescriptions. C'est en les appréciant sous ce point de vue que le code pénal a rangé ces infractions parmi les crimes et délits contre la paix publique, et dans la section des

actes de résistance, désobéissance et autres manquements envers l'autorité publique. Il ne s'agit donc que du bris des scellés apposés par ordre du gouvernement ou par ordonnance de justice, que des enlèvements de pièces commis dans les dépôts publics. La pensée de la loi a été d'apporter une sanction aux actes des pouvoirs publics, de protéger les lieux de dépôts qu'ils ont choisis, de garantir enfin l'inviolabilité du sceau de l'autorité. Cette pensée, qui va se réfléchir sur les diverses dispositions que nous allons parcourir, fixera leur sens et leurs limites; elle est à la fois le principe et la règle d'interprétation de cette matière.

Ce chapitre se trouve divisé par la loi elle-même en deux parties, distinctes par leur objet, quoique émanant du même principe : nous suivrons cette division, qui ne peut qu'aider à la clarté du travail et à la facilité des recherches.

§ Ier.

Du bris de scellés.

913. Dans notre ancienne législation, le bris de scellés pouvait établir la présomption d'une spoliation de succession, mais ne donnait lieu qu'à une action en dommages-intérêts, sauf les cas où il était suivi de faux ou de vol [1]. Le code pénal de 1791 avait également omis de classer ce fait dans la catégorie des délits : une loi du 20 nivôse an II combla cette lacune; mais cette loi, née dans des circonstances extraordinaires, avait poussé la sévérité si loin, que son application n'avait pu survivre à ces temps. Son article 5 était ainsi conçu : « Tout gardien de scellés, et tout individu qui sera convaincu d'avoir méchamment et à dessein brisé des scellés, sera, ainsi que les complices, puni de mort, en cas de bris de scellés apposés sur les papiers et effets de personnes prévenues de crimes contre-révolutionnaires; de vingt-quatre années de fers, en cas de bris de

[1] Serpillon, Cod. crim. p. 949; Jousse, t. 4, p. 70.

scellés apposés sur des effets ou papiers appartenant à la république; de douze années de fers, en cas de bris de scellés apposés sur des effets ou papiers appartenant à des particuliers. »

Le code pénal, répudiant cette excessive rigueur, a gradué la peine du bris de scellés sur l'importance des objets mis sous les scellés, sur la qualité des personnes qui ont commis le bris, enfin sur les circonstances matérielles qui atténuent ou aggravent la criminalité de ce fait. C'est d'après ces distinctions que des degrés différents ont été établis dans la pénalité, suivant que les scellés brisés étaient apposés sur des effets quelconques, ou sur les effets d'un individu prévenu d'un crime emportant une peine perpétuelle ou la peine de mort; suivant que le bris a été commis par le gardien ou par toute autre personne; suivant enfin qu'il doit être imputé à la négligence, à la fraude, ou aux violences exercées par les agents.

914. Le bris des scellés apposés par l'autorité publique sur des effets quelconques doit faire le premier objet de notre examen : ce délit prend deux caractères distincts, suivant qu'il est commis par les gardiens ou par d'autres personnes; et les gardiens en sont responsables lors même qu'ils n'y ont pas participé. L'article 249, qui prévoit cette dernière hypothèse, est ainsi conçu : « Lorsque des scellés apposés soit par ordre du gouvernement, soit par suite d'une ordonnance de justice rendue en quelque matière que ce soit, auront été brisés, les gardiens seront punis, pour simple négligence, de six jours à six mois d'emprisonnement. »

Cet article atteste, par son texte, qu'il ne s'agit, ainsi que nous l'avons dit plus haut, dans les dispositions qui font l'objet de ce chapitre, que d'un attentat à la paix publique, d'un acte de rébellion envers l'autorité; en effet, il n'incrimine pas le bris de tous les scellés, mais seulement des scellés apposés par ordre du gouvernement ou par suite d'une ordonnance de justice; ce sont là les seuls scellés dont l'infraction constitue un délit, parce qu'ils portent le sceau de l'autorité publique, et que l'acte de les briser est un manquement envers cette autorité. C'est dans ces bornes qu'il faut restreindre l'application des articles suivants.

Le fait que punit l'article 249 est la simple négligence du gardien, abstraction faite de tout acte de participation au bris des scellés. On pourrait croire, à la simple lecture de cet article, que, par cela seul que les scellés ont été brisés, le gardien doit être réputé coupable de négligence, sans qu'il soit nécessaire d'en rechercher les preuves dans sa conduite; mais, outre qu'il serait exorbitant de punir le gardien d'une faute que peut-être il n'a pas commise, il résulte du rapprochement de cet article avec l'article 260, que la loi n'a voulu atteindre que le gardien négligent. Ainsi la responsabilité ne naît qu'à la suite de la faute; il ne suffit pas que les scellés aient été brisés, il faut que le fait de la négligence soit établi, pour que la peine qui la réprime soit encourue.

915. Mais la négligence même établie suppose que le bris de scellés a été commis par des tiers; or il peut l'avoir été par le gardien lui-même. Ces deux cas sont prévus par l'article 252 : « A l'égard de tous autres bris de scellés, les coupables seront punis de six mois à deux ans d'emprisonnement; et si c'est le gardien lui-même, il sera puni de deux à cinq ans de la même peine. » Remarquons d'abord que ces mots *tous autres bris de scellés* se réfèrent à l'article qui précède et dans lequel est indiquée une espèce particulière de scellés : le sens de ces termes est donc uniquement de s'étendre aux autres espèces de scellés, mais aux autres espèces du même genre, c'est-à-dire de scellés apposés par ordre du gouvernement ou par ordonnance de justice. Rien n'autorise, en effet, à déroger ici à la règle posée par l'article 249; c'est toujours la même matière, la même classe de délits, la même nature d'infraction : ces diverses dispositions, par cela même qu'elles impriment en se déroulant des nuances diverses, se coordonnent entre elles, s'expliquent les unes par les autres, et sont l'application d'un principe unique que l'article 249 a clairement formulé.

C'est une conséquence de ce principe que la cour de cassation a appliquée en décidant que le bris de scellés commis par des héritiers constitue un délit, encore bien qu'il n'en soit résulté aucun préju-

dice pour les autres cohéritiers [1]. En effet, ce n'est pas le préjudice qui constitue le délit, parce qu'il ne s'agit pas d'un délit contre la propriété, parce que ce n'est pas la fraude qui le constitue; c'est l'acte de désobéissance, c'est le manquement envers l'autorité publique.

Du reste, la distance qui sépare le gardien qui lui-même les brise, et la personne étrangère à cette garde, qui se rend coupable du même fait, est facile à apprécier : celle-ci, quel que soit le motif qui l'anime, méconnaît l'autorité de la loi; le gardien, à cette infraction commune, ajoute l'infraction d'un devoir spécial; il trahit la mission de surveillance qui lui a été confiée, et se sert de ses fonctions pour commettre le délit. La gradation de la peine est donc loin d'être exagérée. Mais il ne faut pas omettre de dire que si le gardien a cédé à la corruption, ou s'il s'est rendu coupable de vol à l'aide du bris de scellés, la spécialité de l'acte ne l'absout pas des peines attachées à ces délits.

916. Après le bris des scellés apposés par l'autorité publique, en quelque matière que ce soit, la loi prévoit le bris d'une espèce particulière de scellés; l'article 250 porte : « Si le bris des scellés s'applique à des papiers et effets d'un individu prévenu ou accusé d'un crime emportant la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, ou qui soit condamné à l'une de ces peines, le gardien négligent sera puni de six mois à deux ans d'emprisonnement. » L'exposé des motifs du code explique cette disposition en disant : « Un gardien des scellés est un dépositaire, et son dépôt devient plus précieux, si la cause qui a nécessité le scellé est un crime commis par celui sur les effets de qui les scellés ont été apposés. La peine sera donc plus forte. » Ainsi la peine de la négligence s'aggrave à raison de l'importance du dépôt, à raison de ce que cette importance appelle une surveillance plus active, des soins plus attentifs. Mais, dans cet article comme dans l'article 250, c'est

[1] Cass. 22 juill. 1813, Sir. 17. 1, p. 96.

la négligence seule, c'est, pour employer les termes de l'article lui-même, le *gardien négligent* qui fait seul l'objet de l'incrimination : il est donc nécessaire, outre le bris de scellés, de prouver encore que ce bris a été commis par suite de la négligence du gardien.

La deuxième condition de l'infraction est que les scellés aient été appliqués à des papiers et effets d'un individu prévenu ou accusé d'un crime emportant la peine de mort ou une peine perpétuelle. On trouve la source de cette disposition étrange dans la loi du 20 nivôse an II, qui punissait de mort le bris de scellés apposés sur les papiers et effets de personnes prévenues de crimes contre-révolutionnaires. La même pensée politique qui avait dicté cette loi atroce s'est perpétuée, par une singulière préoccupation, dans le code pénal ; c'est évidemment les yeux fixés sur les crimes d'Etat, sur l'importance politique que les papiers des accusés de ces crimes peuvent avoir, sur l'intérêt que des complices auraient à les soustraire, que le législateur a cru devoir déployer dans ce cas une sévérité plus grande. Mais il y a lieu de croire que cette prévoyance aura peu de fruit, et que cette disposition restera sans application.

Le code pénal, poursuivant la même hypothèse, prévoit le cas où le bris de scellés aurait été commis à dessein : « Quiconque, porte l'article 251, aura à dessein brisé des scellés apposés sur des papiers ou effets de la qualité énoncée en l'article précédent, ou participé au bris des scellés, sera puni de la reclusion ; et si c'est le gardien lui-même, il sera puni des travaux forcés à temps. » Cet article, expliqué par ce qui précède, ne peut donner lieu à aucune observation spéciale. Il suffit de remarquer qu'il se réfère à l'article 250, en ce qui concerne la nature des scellés brisés, et qu'ainsi son application se trouve limitée au bris commis volontairement de scellés apposés sur les papiers et effets des prévenus ou condamnés à raison de crimes emportant la peine perpétuelle ou la peine de mort.

917. Enfin, le bris de scellés, quels qu'ils soient, s'aggrave lorsqu'il est commis avec des violences exercées contre les personnes : la peine est alors, aux termes de l'article 256, celle des travaux forcés à temps. Nous reviendrons, dans le 2e § de ce chapitre, sur-

cette circonstance aggravante qui est commune aux destructions de pièces et au bris de scellés.

918. Jusqu'ici nous ne nous sommes occupés du bris de scellés que dans ses rapports avec l'autorité publique que cette infraction offense; mais si elle constitue un manquement envers l'autorité qui les a apposés, elle peut en même temps avoir pour but la soustraction des objets qui ont été placés sous ces scellés. Le législateur s'est contenté, pour la répression de ce crime, de poser la règle suivante: « Tout vol commis à l'aide d'un bris de scellés, porte l'article 253, sera puni comme vol commis à l'aide d'effraction. » Ainsi le bris de scellés, que la définition de l'effraction semblait exclure, se trouve assimilé à cette circonstance aggravante; la loi lui imprime le même caractère moral, les mêmes effets. Mais quels sont les scellés dont parle cet article? Faut-il comprendre dans la généralité de ce terme les scellés qui seraient apposés par des particuliers? Nous ne le pensons pas. La place que cet article occupe assigne à cette expression le même sens que dans les article qui le précèdent et le suivent: la loi, en fixant dans l'article 249 la nature des scellés dont elle a puni le bris, a posé une règle qui s'étend à toutes les dispositions de cette section. Et puis, en assimilant le bris des scellés à l'effraction, le code pénal n'a pu entendre qu'un obstacle assez sérieux pour que l'agent révèle, en le franchissant, une criminalité plus grande: or les scellés privés n'auraient point un tel caractère; ils ne portent en eux-mêmes aucune autorité qui en commande le respect; et leur bris, qui n'est puni d'aucune peine lorsqu'il n'a pas pour but d'arriver au vol, ne pourrait devenir tout à coup une circonstance aggravante de ce vol.

[[Cette doctrine a été confirmée par un arrêt rendu dans une espèce où les scellés avaient été apposés sur la porte d'une cave. Le gardien était entré dans la cave et y avait pris du vin, non en brisant les scellés qui étaient restés intacts, mais en levant une trappe qui n'avait pas été aperçue au moment de l'apposition des scellés. Il a été décidé « que le délit de bris de scellés ne peut consister que dans le fait matériel de l'enlèvement ou de la destruction des bandes et

cachets apposés par l'autorité publique compétente sur la fermeture des portes et des meubles, pour assurer la conservation à qui de droit des objets mobiliers existant dans les lieux où les scelles ont été mis; que la soustraction d'un des objets placés sous les scellés, alors même qu'elle a été commise par le gardien desdits scellés, est uue action blâmable et répréhensible et peut, suivant les circonstances, constituer nn vol, mais qu'elle n'a pas le caractère du délit prévu et puni par les articles 249 et suivants, lorsqu'elle a eu lieu sans le fait matériel du bris de scellés, lequel est l'élément substautiel et constitutif de cette espèce de délit [1]. »]]

§ II.

Des enlèvements de pièces dans les dépôts publics.

919. La violation des dépôts particuliers est punie par l'art. 408 du code pénal; et cet article, après avoir défini et puni cette sorte d'abus de confiance, ajoute : « Le tout sans préjudice de ce qui est dit aux articles 254, 255 et 256, relativement aux soustractions et enlèvements de deniers, effets ou pièces, commis dans les dépôts publics. »

Cette circonstance de la publicité du dépôt imprime donc au délit un caractère nouveau et plus grave; la loi ne punit plus seulement une atteinte portée à la propriété particulière; elle place le délit plus haut, dans l'atteinte portée à l'autorité qui a institué le dépôt. « Un dépôt public, dit l'exposé des motifs, est un asile sacré; et tout enlèvement qui y est commis est une violation de la garantie sociale, un attentat contre la foi publique. » C'est en lui assignant ce caractère spécial que la loi a rangé cette infraction parmi les attentats à la paix publique, parmi les manquements envers l'autorité. Nous n'avons donc à nous occuper, suivant les termes mêmes de l'art. 254, que des soustractions faites dans des archives, greffes ou dépôts

[1] Cass. 1er oct. 1847, Bull. n° 245.

publics : c'est le lieu où la soustraction est commise qui lui imprime le caractère spécial que la loi a prévu dans ces dispositions.

Cette soustraction donne lieu à deux incriminations, à deux peines différentes : la négligence du dépositaire est considérée comme un délit et punie d'une peine correctionnelle ; la soustraction frauduleuse est considérée comme un crime et punie de la reclusion ou des travaux forcés à temps, suivant qu'elle a été commise par une personne étrangère au dépôt ou par le dépositaire lui-même.

920. L'article 254, qui prévoit la première de ces infractions, est ainsi conçu : « Quant aux soustractions, destructions et enlèvements de pièces ou de procédures criminelles, ou d'autres papiers, registres, actes et effets contenus dans des archives, greffes ou dépôts publics, ou remis à un dépositaire public en cette qualité, les peines seront, contre les greffiers, archivistes, notaires ou autres dépositaires négligents, de trois mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de 100 à 300 francs. »

Nous devons nous arrêter d'abord à la définition que cet article donne des dépôts publics et à l'énumération qu'il fait des dépositaires. Ce sont là des règles que la loi a dû poser sur le premier plan pour les appliquer à toute cette matière. Elle entend par dépôts publics les archives et les greffes ; elle entend les lieux publiquement institués pour y déposer des procédures criminelles, des papiers, registres, actes et effets. Tels sont les bureaux des diverses administrations publiques [1], les études des notaires. La cour de cassation a compris dans la même dénomination les bibliothèques publiques à l'égard des livres qui s'y trouvent déposés [2], et même un navire soumis au séquestre à l'égard des objets et des pièces qui sont à bord [3].

La première de ces décisions peut soulever des difficultés. On pourrait objecter que si une bibliothèque est un dépôt public,

[1] Cass. 25 juill. 1812, Sir. t. 17. 1. 321.

[2] Cass. 9 avr. 1813, Sir. 17. 1. 96 ; 25 mars 1819, Bull. n° 36 ; 5 août 1819, Dall. t. 12, p. 1082.

[3] Cass. 22 déc. 1832, Journ. du dr. crim. 1833, p. 96.

dans le sens le plus large de ce mot, elle ne peut que difficilement recevoir cette qualification dans l'acception de l'article 254 ; en effet, les exemples que donne cet article, les objets qu'il énumère, sembleraient indiquer que la pensée du législateur s'est arrêtée aux dépôts d'actes, de titres, de registres publics. Ces actes, ces papiers, dont la soustraction peut entraîner la ruine des familles, n'ont été déposés dans ces lieux que sur la foi de la garantie sociale, et c'est cette garantie que la loi aurait voulu sanctionner par des peines sévères. Peut-on assimiler à ces dépôts spéciaux une bibliothèque publique ? à ces titres déposés par des tiers, et desquels dépendent les intérêts les plus graves, est-il possible d'assimiler des livres ? ces livres doivent-ils rentrer dans le mot *effets?* A la vérité, on comprend dans cette expression générale tous les objets quelconques renfermés dans un dépôt public, autres que ceux dont l'article fait une désignation particulière. Mais cette désignation des papiers, des actes et des pièces, semble indiquer le sens que la loi a attaché au mot *effets*, et l'on peut en induire qu'il s'agit du même genre d'objets, des papiers qui sont tantôt des actes, tantôt des procédures, tantôt des effets. Enfin, une nuance semble séparer le vol d'un livre commis dans une bibliothèque et le vol d'un titre commis dans un dépôt de titres. Dans ce dernier cas, la confiance du déposant est forcée ; il a dû croire à la sûreté d'un dépôt protégé par l'autorité publique ; le préjudice peut être immense : le vol s'aggrave donc nécessairement à raison du lieu où il est commis, à raison du dommage qu'il peut produire. Si la bibliothèque publique, au contraire, est un dépôt, ce dépôt ne renferme que des objets qui appartiennent à l'État ; les tiers ne sont point conviés à lui confier leurs propriétés; enfin le préjudice est nécessairement limité et presque toujours minime. Cependant nous ne produisons ces objections qu'avec une certaine hésitation. Les bibliothèques contiennent des manuscrits précieux, des documents d'un immense intérêt, et la loi a pu les considérer comme de véritables dépôts.

[[La jurisprudence a compris encore dans la même disposition le détournement des effets dits *échantillons* dans un dépôt public : « at-

tendu que l'article 254, en se servant des expressions génériques soustractions, enlèvements ou destructions, a entendu atteindre toute appropriation frauduleuse de papiers, registres, actes et effets contenus dans un dépôt public ou remis à un dépositaire public, et que le détournement d'un de ces objets en comprend nécessairement l'enlèvement dans le sens de cet article [1]. » Elle y a compris aussi l'enlèvement fait par un ancien notaire des minutes de son étude, pour contraindre son successeur à lui payer un supplément de prix [2]. Mais il a été reconnu en même temps : 1° que les articles 254 et 255 ne sont pas applicables au détournement d'un acte sous seing privé déposé chez un notaire, parce que ce dépôt n'est pas fait à raison des fonctions notariales, puisqu'il pourrait être effectué dans les mains d'un individu étranger à ces fonctions, et que l'étude d'un notaire n'est pas le lieu affecté par la loi à la garde de cet acte [3] ; 2° qu'ils ne s'appliquent pas non plus au dépôt de toute autre pièce qui a été remise à un notaire, non à raison de sa qualité et pour qu'il en dressât acte, mais uniquement par suite de la confiance qu'il inspirait ; car c'est la violation de la garantie attachée au dépôt et de la sûreté dont la loi a voulu l'entourer qui aggrave le délit [4]. C'est dans ce sens qu'un autre arrêt déclare « que les soustractions auxquelles se rapportent exclusivement ces articles sont celles qui ont lieu dans les dépôts placés sous la protection spéciale de l'autorité publique, et qu'elles constituent, indépendamment de la valeur des objets soustraits, une atteinte portée à l'intérêt d'ordre général qui a rendu cette protection nécessaire [5]. »]]

921. La loi a assimilé à un dépôt public les mains du dépositaire qui détient une pièce en sa qualité. Cette disposition n'existait point dans le texte primitif de l'article. Un membre du conseil d'Etat demanda que cet article fût étendu aux pièces qui sont entre les mains

[1] Cass. 3 déc. 1859, Bull. n° 264.
[2] Cass. 26 nov. 1853, Bull. n° 369.
[3] Cass. 23 juin 1841, Bull. n° 182.
[4] Cass. 2 avr. 1857, Bull. n° 137.
[5] Cass. 14 fév. 1845, Bull. n° 50.

des rapporteurs : « Il semble, dit-il, d'après la rédaction, que la soustraction ne soit un crime que lorsqu'elle est exécutée dans un dépôt public, tandis qu'elle doit être punie du moment où il y a infidélité de la part du dépositaire, dans quelque lieu que le dépôt ait été fait. » Cet amendement fut adopté. Le rapporteur à qui on remet les pièces devient donc un dépositaire public, et la loi les protége entre ses mains aussi bien que dans le dépôt même. Cette exception, quoiqu'elle n'ait été créée que pour les rapporteurs, s'étend à tous les dépositaires publics, car la disposition de la loi ne distingue point. Mais il faut que la pièce ait été remise au dépositaire en sa qualité et dans l'exercice de son ministère.

Les dépositaires publics sont les archivistes, greffiers, notaires *et autres*. Ici encore, les fonctionnaires désignés doivent servir d'indication pour connaître ceux qui ne le sont pas. Tout fonctionnaire, tout officier public chargé de la garde et de la conservation d'un dépôt de la nature déterminée par l'article 254, rentre nécessairement dans les termes de cet article. Les notaires n'étaient point compris dans la rédaction primitive : la commission du corps législatif pensa que ces fonctionnaires, souvent dépositaires, étaient implicitement compris dans l'article, mais qu'il serait utile de les désigner nominativement. Cette addition fut adoptée par le conseil d'État. Il est nécessaire, toutefois, que les dépositaires aient un caractère public et soient établis dans un intérêt d'ordre public; ainsi la cour de cassation a décidé avec raison que les gardiens établis par le ministère d'un huissier et dans un intérêt privé ne peuvent pas être assimilés aux dépositaires publics, qui sont institués par l'autorité publique[1].

922. Cela posé, il reste à établir les caractères de la négligence des dépositaires et de la soustraction frauduleuse des papiers déposés. La seule soustraction faite dans un dépôt ne suffit pas pour constituer le dépositaire en faute et le rendre passible des peines portées par l'article 254 : il faut qu'un fait de négligence lui soit impu-

[1] Cass. 29 oct. 1812, Bull. nº 133.

table, il faut que ce fait soit prouvé; car la loi ne punit que les *dépositaires négligents*. Quant aux agents qui ont soustrait, enlevé ou détruit les pièces, la nature de la peine dépend de leur qualité; l'article 255 porte en effet : « Quiconque se sera rendu coupable des soustractions, enlèvements ou destructions mentionnés en l'article précédent, sera puni de la reclusion. Si le crime est l'ouvrage du dépositaire lui-même, il sera puni des travaux forcés à temps. » Cet article n'a pas dit que les soustractions, enlèvements ou destructions qu'il prévoit, doivent être commis volontairement et dans un dessein de nuire; mais rien n'autorise à supprimer dans cette espèce cette condition essentielle de tous les crimes : il est évident que la destruction involontaire et accidentelle d'une pièce ne pourrait rentrer dans ses termes. Déjà cette observation a été faite au sujet de l'article 173, qui punit le même crime dans les fonctionnaires qui ne sont pas dépositaires publics : ces deux articles sont l'un et l'autre éclairés à cet égard par l'article 439, qui punit également la destruction des registres et actes de l'autorité publique, mais hors des dépôts publics, et qui exige formellement que cette destruction ait été commise *volontairement*.

923. Enfin, la loi prévoit une circonstance aggravante qui s'applique à la fois aux bris de scellés et aux soustractions de pièces; l'article 256 est ainsi conçu : « Si le bris de scellés, les soustractions, enlèvements ou destructions de pièces, ont été commis avec violences envers les personnes, la peine sera, contre toute personne, celle des travaux forcés à temps, sans préjudice de peines plus fortes, s'il y a lieu, d'après la nature des violences et des autres crimes qui y seraient joints. » Cette disposition, explicite dans son texte, ne doit soulever que peu de difficultés. On doit remarquer seulement qu'il ne s'agit pas de simples voies de fait, mais de violences envers les personnes, commises dans le but de soustraire ou de détruire les pièces ou l'une des pièces du dépôt. Les violences auraient été commises par les dépositaires eux-mêmes, que l'article leur serait applicable; car la loi n'a point fait de distinction, et elle établit ses peines *contre toute personne*. Enfin, toutes les fois que ces violences

constitueraient un crime passible d'une peine plus forte, c'est ce crime qui deviendrait seul punissable : l'article a fait à cet égard une réserve qu'il était peut-être inutile d'exprimer.

CHAPITRE XXXVIII.

DÉGRADATION DES MONUMENTS.

(*Commentaire de l'art.* 257 *du C. pén.*)

924. Les caractères généraux de ce délit ont été tracés avec une grande clarté dans le rapport fait au corps législatif : « Les monuments destinés à l'utilité et à la décoration publique, disait le rapporteur, sont sous la sauvegarde de tous les citoyens ; ils sont l'embellissement de nos villes ; ils rappellent la grandeur des peuples qui nous ont précédés, les grands talents de leurs artistes, la magnificence de leurs souverains ; ils appartiennent aux siècles futurs comme au temps présent, et ils sont la propriété de tous les âges. Ceux qui sont créés de nos jours doivent nous être plus chers encore : ils attesteront à nos successeurs les faits glorieux du plus grand des monarques, et serviront à en éterniser la mémoire. Mais quand les nombreuses cités qui composent ce vaste empire s'empressent à l'envi de transmettre à la postérité, par des monuments pompeux, leurs sentiments d'amour et d'admiration pour sa personne auguste et sacrée; quand nos artistes, animés par son génie, rivalisent avec les anciens pour éterniser son grand nom, la loi ne peut rester muette ; elle doit déployer sa sévérité contre les sacriléges mains qui oseraient mutiler, dégrader ou détruire ces belles créations du génie; défendre avec le

même soin les restes précieux de l'antiquité et les produits des temps modernes, et empêcher que le vandalisme, qui a si longtemps souillé nos contrées, n'y rapporte encore ses ravages. »

925. Nous avons dû recueillir ces paroles, d'ailleurs quelque peu emphatiques, parce qu'elles expriment l'intention du législateur et le but qu'il se proposait. Une loi du 6 juin 1793 décrétait la peine de deux ans de fers contre quiconque dégraderait les monuments des arts dépendant des propriétés nationales. La même pensée, mais moins restreinte, a dicté l'article 257, qui est ainsi conçu : « Quiconque aura détruit, abattu, mutilé ou dégradé des monuments, statues et autres objets destinés à l'utilité ou à la décoration publique, et élevés par l'autorité publique ou avec son autorisation, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans, et d'une amende de 100 à 500 fr. »

Ce que la loi a voulu protéger, ce sont les monuments des arts; ce qu'elle a voulu réprimer, ce sont les actes du vandalisme. Cette pensée, exprimée par le législateur, ressort d'ailleurs du texte même de l'article : ce sont les monuments, les statues, les objets destinés à la décoration publique et élevés par l'autorité publique, que sa sollicitude a eus en vue. Ainsi, s'il faut envelopper dans cette protection salutaire toutes les œuvres des arts, quelles qu'elles soient, qui servent à la décoration de nos cités et qui deviennent dès lors une propriété publique, il faut en écarter en même temps tous les monuments, toutes les constructions qui n'ont pas ce caractère. C'est d'après ce principe que la cour de cassation a jugé que la dégradation d'une guérite [1], que la destruction de jalons placés par un ingénieur des ponts et chaussées [2], ne pouvaient rentrer dans les termes de l'article 257, parce que ce ne sont pas là des monuments dans le sens de cet article [3].

[1] Cass. 22 mai 1828, Bull. n° 63.

[2] Cass. 4 mars 1825, Bull. n° 40.

[3] Un arrêt du 4 novembre 1851 a décidé cependant que la dégradation faite à une conduite d'eau destinée à alimenter une fontaine publique rentre dans les termes de l'art. 257.

926. L'article primitif du code comprenait dans ses termes les monuments *élevés par l'autorité du gouvernement ou des administrations départementales ou municipales*. A ces expressions on a substitué celles-ci : *élevés par l'autorité publique ou avec son autorisation*. L'intention qui dicta cette substitution fut d'étendre la disposition qui parut trop limitée. Un membre du conseil d'Etat fit observer que cette disposition ne devait pas être bornée aux monuments élevés par le gouvernement ou par les administrations, soit départementales, soit municipales; qu'il fallait y comprendre généralement tous ceux qui le sont par des corporations autorisées, telles, par exemple, que les bourses de commerce. Cambacérès ajouta que la disposition devait s'appliquer non-seulement aux monuments élevés par l'autorité publique, mais encore à ceux qui le sont avec son autorisation, fût-ce par des particuliers [1]. C'est pour exprimer cette pensée extensive que la rédaction de l'article fut modifiée.

Une deuxième modification fut encore introduite pour étendre les termes de l'article 257 : les mots *et autres objets*, qui suivent les mots *monuments et statues*, n'existaient pas dans le texte primitif; la commission du corps législatif fit observer : « qu'il est une espèce de monuments qui ne sont point indiqués dans cet article; des raisons faciles à saisir semblent devoir permettre de l'y rappeler, parce que leur destruction ou mutilation peut nuire à la tranquillité publique, lorsque le gouvernement ou ses agents en ont autorisé l'exécution. Tels sont les croix, les oratoires et autres objets de vénération religieuse, construits à l'extérieur des temples, sur les places et routes, par les communes. La protection qui leur serait accordée ne nuirait en rien à la liberté des cultes ; confiés à la foi publique, érigés avec autorisation, leur mutilation ou destruction peut entrer, sans inconvénient, dans un article qui a pour objet une protection spéciale pour tout ce qui porte le caractère de monument. » La commission proposait en conséquence une disposition ainsi conçue : « Ceux qui auront mutilé ou détruit les signes et objets de culte, érigés à l'ex-

[1] Procès-verb. du conseil d'État, séance du 19 août 1809.

térieur des temples avec autorisation, seront punis de la même peine. » Le conseil d'Etat ne crut pas devoir adopter la rédaction proposée par la commission; il pensa qu'il suffisait d'amender celle du projet, de manière que les objets que la commission mentionnait ne fussent pas exclus : de là l'introduction dans l'article des mots *et autres objets.*

L'article 14 de la loi du 20 avril 1825 avait ajouté aux dispositions de l'article 257 la disposition suivante : « Dans les cas prévus par l'article 257 du code pénal, si les monuments, statues ou autres objets détruits, abattus, mutilés ou dégradés, étaient consacrés à la religion de l'État, le coupable sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 200 à 2,000 francs. La peine sera d'un an à cinq ans d'emprisonnement et de 1,000 à 5,000 fr. d'amende, si le délit a été commis dans l'intérieur d'un édifice consacré à la religion de l'Etat. » L'article 16 de la même loi étendait l'application de cet article aux édifices consacrés aux cultes légalement établis en France. Mais la loi du 20 avril 1825 a été abrogée par la loi du 11 octobre 1830, et dès lors cette disposition additionnelle a disparu de la législation : l'article 257 forme le droit commun pour toutes les mutilations de monuments, soit qu'elles aient été commises dans un édifice consacré aux cultes, soit qu'elles concernent tout autre monument. [[Il faut cependant excepter le cas où une loi spéciale aurait prévu la dégradation ; c'est ainsi que les articles 2 et 3 du décret du 27 décembre 1851 prévoient la dégradation des appareils de télégraphie électrique ou aérienne, et la punissent soit d'une amende de 16 à 300 fr., soit d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 100 à 1,000 fr., suivant qu'elle a été commise involontairement et par imprudence, ou volontairement, et suivant qu'elle a seulement compromis le service ou qu'elle en a causé l'interruption.]]

927. Une condition essentielle du délit est que la dégradation ait été faite *à dessein* ; c'est cette circonstance qui constitue la criminalité du fait, et que la loi a voulu punir. Si la dégradation est le résultat d'un accident, il existe encore un dommage, il n'existe plus de délit;

une action civile peut être intentée, mais l'action publique n'aurait plus de base, [[à moins que la loi ne l'ait saisie à titre de contravention, comme on vient de le voir dans l'art. 2 du décret du 27 décembre 1851.]] Si cette distinction n'est pas écrite dans le texte de la loi, elle résulte de cette règle fondamentale du droit pénal, règle qui domine toutes ses dispositions, qu'il n'y a point de délit là où il n'y a pas eu intention d'en commettre.

Ainsi, les deux éléments du délit sont qu'il y ait destruction, mutilation ou dégradation de monuments élevés avec l'autorisation de l'autorité publique, et que cette dégradation ou cette destruction soit commise volontairement : l'application de l'article est subordonnée au concours de ces deux éléments. De là il suit que la dégradation, même volontaire, de monuments élevés par les particuliers sans autorisation, ne rentrerait point dans les termes de cet article. Lors de la discussion du conseil d'Etat, Cambacérès voulait réserver l'action en dommages-intérêts au cas de destruction ou de mutilation de ces monuments privés : « Ce sont là des propriétés, ajoutait-il, il faut les protéger. » M. Berlier fit remarquer que les réparations civiles ont lieu de plein droit pour tous dommages causés, même hors la sphère des délits, et qu'ainsi la réserve serait oiseuse. Il suit de là que la dégradation des monuments privés n'est passible que d'une action civile en dommages-intérêts, sauf le cas où elle constituerait une contravention de police.

CHAPITRE XXXIX.

USURPATION DE TITRES OU FONCTIONS.

(*Commentaire des articles* 258 *et* 259 *du Code pénal.*)

928. Délit d'immixtion dans des fonctions publiques (art. 258).
929. Conditions essentielles de cette incrimination.
930. Cas où l'immixtion peut prendre le caractère d'un faux en écritures publiques.
931. Délit résultant du port illicite d'un costume ou d'une décoration (art. 259.)
932. Il faut que le costume ou la décoration ait été porté publiquement.
933. Il faut que le titre en vertu duquel il est porté émane d'un pouvoir légal.
934. Port des insignes étrangers sans autorisation du gouvernement.
935. Attribution de titres nobiliaires : motifs de la loi du 28 avril 1832 qui avait effacé ce délit.
936. Loi du 28 mai 1858 qui a rétabli les peines attachées à l'usurpation des titres de noblesse. Motifs et limites de cette loi.
937. Éléments du délit introduit par cette loi dans le texte de l'art. 259.

---

928. L'observation que nous avons faite dans les chapitres qui précèdent se reproduit nécessairement dans celui-ci : le code ne considère point l'usurpation des titres ou fonctions dans leurs rapports avec les intérêts privés qu'elle peut léser, mais dans ses relations avec l'autorité publique qu'elle offense ; c'est en l'appréciant sous ce point de vue qu'il l'a rangée dans la classe des attentats contre la paix publique. La pensée qui a dicté cette incrimination a donc été de réprimer un manquement envers l'autorité ; c'est là l'esprit du code, et c'est à l'aide de cette règle d'interprétation que le sens et la portée de ses dispositions doivent être fixés.

L'usurpation s'applique soit aux fonctions, soit aux titres. L'article 258, qui prévoit la première, porte : « Quiconque, sans titre, se sera immiscé dans des fonctions publiques, civiles ou militaires, ou aura fait les actes d'une de ces fonctions, sera puni d'un empri-

sonnement de 2 à 5 ans, sans préjudice de la peine de faux, si l'acte porte le caractère de ce crime. »

Cet article prévoit deux faits distincts : la simple immixtion dans des fonctions publiques et la perpétration des actes de ces fonctions[1]. D'autres articles ont prévu le même fait, mais accompagné de circonstances qui en aggravent le caractère. Ainsi l'article 93 punit l'usurpation du commandement d'une armée, d'une place de guerre; les articles 127 et 130 répriment l'immixtion de certains fonctionnaires dans l'exercice du pouvoir législatif; les articles 196 et 197 prévoient les actes d'une autorité illégalement anticipée ou prolongée; enfin l'article 334 s'applique à l'usurpation du costume ou du nom d'un officier public pour opérer une arrestation arbitraire. L'art. 258 a donc dégagé le fait de l'usurpation de fonctions de ces circonstances aggravantes ou concomitantes : ce qu'il punit, c'est la seule immixtion, sans titre, dans les fonctions, ou la perpétration d'un seul acte sous le nom du fonctionnaire. L'immixtion peut donc exister sans qu'un acte légal de la fonction ait été accompli.

Déjà ce délit avait été l'objet de la sollicitude du législateur : la loi du 15 septembre 1792 l'avait prévu, mais en le frappant de peines hors de proportion avec sa gravité ; son article 3 punissait de la peine de mort tout citoyen trouvé revêtu d'un costume qu'il n'avait pas le droit de porter et convaincu d'avoir fait des actes d'autorité que l'officier public a seul le droit de faire. Le code, tout en recueillant la pensée qui avait dicté cette loi, s'est éloigné de son texte : il n'a point exigé la double condition du port du costume et de la perpétration de l'acte; l'immixtion suffit pour constituer le délit. [[Ainsi, il suffit qu'il soit constaté non-seulement que l'agent s'est laissé attribuer le titre d'une fonction, mais qu'il s'est livré, en cette qualité, à l'un des actes de cette fonction, pour que le délit existe[2]. Mais s'il prétendait que l'acte dans lequel il s'est immiscé n'appartient pas à la fonction qu'il est prévenu d'avoir usurpée, c'est là une exception qu'il aurait le droit de développer, puisque, si elle était

[1] Cass. 14 juin 1861.

[2] Cass. 10 janv. 1856, Bull. n° 13.

fondée, sa justification en pourrait être la conséquence; mais une telle exception ne pourrait être présentée pour la première fois devant la cour de cassation; elle constitue une circonstance du fait et doit être appréciée par les juges du fait [1].]]

929 Mais il est nécessaire que cette immixtion soit faite dans des *fonctions publiques* : c'est là une condition essentielle du délit; ces fonctions seules présentent assez d'importance pour que le législateur ait cru devoir les défendre d'une dangereuse usurpation. Les fonctions publiques sont celles qui s'exercent par suite d'une délégation de l'autorité publique : ce sont celles-là seulement que la loi a dû protéger. Deux questions se sont élevées à ce sujet, et leur solution ne peut que servir à fixer le sens du terme légal. Il s'agissait de savoir, dans une première espèce, si l'individu étranger à la garde nationale, qui y fait le service sous le nom d'un membre de cette garde, se rend coupable de l'usurpation d'une fonction publique. La cour de cassation a résolu cette question négativement : « Les fonctions dont il s'agit, porte le réquisitoire qu'elle n'a fait qu'adopter, ne sont point assurément des fonctions publiques civiles; sont-elles militaires? La garde nationale n'est réputée corps militaire que lorsqu'elle est mise en activité à l'instar de la troupe de ligne : il faut qu'elle soit appelée à faire un service extraordinaire hors de ses foyers. Tant qu'elle est sédentaire, elle n'est point militaire, et conséquemment elle n'exerce point de fonctions militaires : c'est ce que déclare expressément la loi du 12 décembre 1790 : « Les citoyens armés ou prêts à s'armer pour la chose publique ou pour la défense de la liberté et de la patrie, ne formeront point un corps militaire [2]. »

La question présentait plus de difficultés dans la deuxième espèce: elle consistait à savoir si l'exercice sans titre des droits électoraux constitue le délit d'usurpation de fonctions publiques. La cour d'Amiens a jugé cette question négativement [3]. Il est impossible, en effet, sans faire violence au sens littéral de l'article 258, de ranger le droit d'élire au nombre des fonctions publiques, puisque l'électeur

[1] Même arrêt.

[2] Cass. 7 mai 1824, Bull. p. 197.

[3] Cass. 26 juin 1822, Sirey, 24, 209.

ne l'exerce pas par suite d'une délégation de l'autorité publique, mais en vertu de ses droits de citoyen et suivant les conditions exigées par la loi politique. Nous ajouterons que bien évidemment la pensée du législateur n'a pas été d'étendre la protection de l'art. 258 aux droits électoraux ; la seule idée qui l'ait préoccupé a été celle de défendre l'autorité publique contre toutes les attaques dont elle peut être l'objet ; et la preuve de cette préoccupation exclusive se trouve non-seulement dans ses termes, mais dans la place qu'il occupe dans la section des *désobéissances, résistances et manquements envers l'autorité publique.* L'exercice illégal des droits électoraux ne trouve donc point de sanction dans l'article 258 ; mais nous avons reconnu précédemment que ce délit rentrait dans les termes de l'article 111 [1]. [[Mais il a été reconnu que l'agent d'affaires qui affecte de se servir des formes notariales en dressant des actes sous signature privée, commet une usurpation de fonctions publiques, qui rentre dans les termes de l'article 258 [2].]]

930. L'art. 258 se termine par ces mots : *sans préjudice de la peine de faux, si l'acte porte le caractère de ce crime.* Il n'y a crime de faux qu'autant qu'à l'altération matérielle de l'écriture se réunissent l'intention de nuire et la possibilité d'un préjudice. Lors donc que ces caractères ne se trouvent pas constatés, l'acte d'usurpation, quel qu'il soit, demeure compris dans les termes de cet article. Ainsi, les actes passés sous la fausse qualité du fonctionnaire demeurent soumis à cette disposition, tant que l'agent, en se revêtant de cette qualité, n'a pas usurpé un faux nom ; et dans le cas même où il aurait pris le nom d'un fonctionnaire dans les actes qu'il aurait souscrits en cette qualité, ces actes resteraient encore dans la même catégorie, s'ils ne produisaient pas une lésion quelconque, soit à l'État, soit à des tiers.

931. Le deuxième délit d'usurpation, dont nous avons maintenant à nous occuper, est le port illicite d'un costume ou d'une décoration. Le premier § de l'article 259 est ainsi conçu : « Toute per-

[1] *Voy.* n° 420.

[2] Cass. 7 mai 1858, Bull. n° 147.

sonne qui aura publiquement porté un costume, un uniforme ou une décoration qui ne lui appartiendra pas, sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans. » Ce n'est donc plus l'immixtion dans les fonctions que cet article prévoit, mais le port illicite du costume de ces fonctions ; ce n'est plus l'usurpation de pouvoir, mais celle d'un signe extérieur que l'agent n'avait pas le droit de porter. Ce délit était prévu par l'article 2 de la loi du 15 septembre 1792, qui punissait de deux années de fers tout citoyen qui serait trouvé revêtu d'un costume qu'il ne serait point autorisé par la loi à porter. La loi ne suppose pas encore qu'il ait été fait un funeste usage du costume usurpé ; mais elle voit dans ce fait un acte préparatoire d'un délit, et elle le punit dès qu'il est constaté, pour n'avoir pas à punir un délit plus grave : « Il est du plus grand intérêt pour la société, dit la loi de 1792, que des particuliers ne puissent, pour faciliter l'exécution de projets criminels, se revêtir à volonté des décorations décrétées pour les juges, les administrateurs, les magistrats du peuple, et pour tous autres officiers publics. » Ce délit a donc une gravité moindre que celui prévu par l'article 258 : il prépare l'usurpation de pouvoir, il ne la consomme pas ; l'agent revêt un costume qui lui est interdit, mais il n'en fait aucun usage. S'il s'en servait pour la perpétration de quelque acte, le fait changerait de nature, il constituerait alors l'usurpation des fonctions, et dans certains cas le délit d'escroquerie ou le crime de faux. [[Cette disposition a été appliquée au port illicite du costume ecclésiastique. Les motifs de cette décision sont « que l'article 259 est général ; qu'il protége tous les ordres de citoyens qui exercent un ministère reconnu par la loi et dont le costume est réglé ou approuvé par elle ; qu'il s'applique spécialement au port illégal du costume ecclésiastique, et qu'il s'étend non-seulement aux habits sacerdotaux que le prêtre porte à l'autel ou dans les autres fonctions de son ministère, mais encore à l'habit de ville composé de la soutane, de la ceinture et du rabat, qui est le véritable costume antique et traditionnel du clergé français reconnu par l'article 1er de l'arrêté des consuls du 17 nivôse an XII ; que le port de cet habit par celui à

qui il n'appartient pas ou qui a perdu le droit de s'en vêtir constitue le délit prévu par l'article 259 [1]. »]]

932. Une circonstance substantielle du délit est que le costume ou la décoration ait été porté *publiquement* ; c'est cette publicité seule qui constitue le délit, parce que seule elle constitue le danger. Chaque citoyen est libre de revêtir dans sa maison tous les costumes qu'il lui plaît : le caprice qui fait naître ces usurpations les absout en même temps, et le législateur n'a point à se préoccuper de ces actes qui ne peuvent produire aucun danger.

La publicité même du port illicite du costume ne serait pas suffisante pour constituer le délit : ce n'est point ici une contravention matérielle que la seule perpétration du fait puisse former. Il est nécessaire que l'agent qui a revêtu le costume ou la décoration ait eu l'intention, sinon de porter préjudice, car alors son action prendrait un autre caractère, du moins de faire croire qu'il était possesseur des fonctions ou du titre que ces signes extérieurs représentent. C'est cette pensée de fraude qui distingue et sépare l'usurpation inoffensive, que cette innocuité absout, et l'usurpation que la loi doit inculper, parce qu'elle constitue une sorte d'outrage pour l'autorité publique, et qu'elle tend à en compromettre les insignes et à en usurper le pouvoir.

933. Le costume, l'uniforme et la décoration n'appartiennent à l'agent qui les porte qu'autant que le titre qui donne le droit de les porter lui a été conféré par un pouvoir légal. Ce principe, évident par lui-même, a été consacré dans l'espèce suivante. Le 1er août 1830, Charles X, étant à Rambouillet, avait conféré la décoration de la Légion-d'Honneur à l'un des officiers de sa garde : des poursuites ayant été dirigées contre cet individu pour port illicite de cette décoration, la cour de Bordeaux crut devoir surseoir à statuer jusqu'à ce que le ministère public eût produit l'ordonnance qui annulait la nomination. Cet arrêt a été déféré à la cour de cassation, parce qu'il supposait la validité d'une nomination nulle de plein droit,

[1] Cass. 24 juin 1852, Bull. n° 207.

puisqu'au 1er août 1830 Charles X avait cessé d'être roi. La cour a, en effet, annulé l'arrêt en se fondant : « sur ce que le jour où Charles X aurait fait la nomination, il existait un gouvernement reconnu qui avait la plénitude de la puissance exécutive ; que dès lors le pouvoir royal avait cessé d'exister dans la personne de Charles X ; que la cour royale de Bordeaux, en refusant de statuer au fond, avait violé les règles de la compétence et méconnu les principes fondamentaux du droit public du royaume [1]. »

934. Le port des insignes des divers ordres étrangers, sans autorisation du gouvernement, serait compris dans les termes de l'article 259. En effet, cet article ne distingue point entre les diverses décorations dont il prévoit le port illicite et il dépend du gouvernement de soumettre le port des décorations étrangères à une autorisation dont l'absence frappe la décoration d'illégalité. Or, les articles 67 et 69 de l'ordonnance du 26 mars 1816 portent : « Tous les ordres étrangers sont dans les attributions du grand chancelier de l'ordre royal de la Légion-d'Honneur. Il prend nos ordres à l'égard des ordres étrangers conférés à nos sujets, et transmet les autorisations de les accepter et de les porter. » Et l'ordonnance du 16 avril 1824 renferme à cet égard les dispositions suivantes : « Toutes décorations ou ordres, quelle qu'en soit la dénomination ou la forme, qui n'auraient pas été conférés par nous ou par les souverains étrangers, sont déclarés illégalement et abusivement obtenus, et il est enjoint à ceux qui les portent de les déposer à l'instant. Tout Français qui, ayant obtenu des ordres étrangers, n'aura pas reçu l'autorisation de les accepter et de les porter, conformément à notre ordonnance du 26 mars 1816, sera pareillement tenu de les déposer, sans préjudice à lui de se pourvoir pour solliciter cette autorisation. Nos procureurs généraux poursuivront selon la rigueur des lois tous ceux qui, au mépris de la présente ordonnance, continueraient de porter des ordres étrangers sans notre autorisation, ou d'autres ordres quelconques, sans que nous les leur ayons conférés. » L'article 31 du décret du 16 mars 1852 ne fait que confirmer ces dispositions.

[1] Cass. 25 août 1832, Journ. crim. 1832, p. 195.

935. La loi du 28 avril 1832 avait supprimé, dans le texte de l'article 259, une disposition moins grave par elle-même que par le principe qu'elle supposait. Cette disposition punissait de la peine portée par l'article toute personne *qui se serait attribué des titres royaux qui ne lui auraient pas été légalement conférés*. Des motifs divers avaient provoqué cette suppression. La chambre des députés l'avait fondée sur ce que les individus qui s'attribuent des titres de noblesse qui ne leur appartiennent pas, ne portent préjudice ni aux intérêts généraux de la société ni aux intérêts privés; sur ce que l'article 62 de la charte, qui permet la conservation des titres de noblesse, est purement facultatif et n'a pas besoin de sanction pénale, enfin, sur ce que cette disposition était tombée en désuétude, et qu'il n'appartenait qu'au ridicule de faire justice des écarts de la vanité. Devant la chambre des pairs, d'autres raisons ont été alléguées : « Cet article, a dit le rapporteur, qui ne protégeait dans sa sanction pénale que les titres conférés par un décret impérial ou une ordonnance du roi, n'était plus en harmonie avec l'article 62 de la charte, lequel, en même temps qu'il conserve à la nouvelle noblesse ses titres, permet à l'ancienne de reprendre les siens. Or il n'est personne qui ne sache que les titres consacrés par ordonnance royale étaient autrefois les plus rares, et que presque tous ceux de l'ancienne noblesse reposaient sur une prescription immémoriale qui avait fait de l'usage non contesté un droit, et sur la possession d'anciens fiefs héréditaires, titrés par concession du souverain ou antérieurement à toute concession, et qui conféraient aux possesseurs nobles et à leur famille le droit de porter le titre qui y était annexé. En abrogeant le dernier paragraphe de l'article 259, vous placez les titres anciens de la noblesse française sur le même rang que les titres glorieux et immortels transmis par l'empire à la restauration. Cette juste assimilation est dans l'esprit de la charte, et elle devient plus complète par le retranchement opéré par la chambre des députés dans l'article qui nous occupe. » Peut-être faut-il rechercher le véritable motif de ce retranchement en dehors de ces diverses allégations qui sont peu concluantes; peut-être pourrait-on y voir une conséquence de l'état des mœurs et de l'opinion générale,

une inspiration de cet instinct d'égalité qui tend à abaisser les hauteurs de l'ordre social, en leur refusant la dernière sanction qui protégeât encore une dernière prérogative. Il résultait, en effet, de la suppression prononcée, que chacun pouvait impunément usurper un titre de noblesse, sans être justiciable d'aucun autre tribunal que de l'opinion publique.

[[936. Cette abrogation n'a été que temporaire; la loi du 28 mai 1858 a rétabli le deuxième paragraphe de l'article 259 dans les termes suivants : « sera puni d'une amende de 500 à 10,000 fr. quiconque, sans droit et en vue de s'attribuer une distinction honorifique, aura publiquement pris un titre, changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent les actes de l'état civil. Le tribunal ordonnera la mention du jugement en marge des actes authentiques ou des actes de l'état civil dans lesquels le titre aura été pris indûment ou le nom altéré. Dans tous les cas prévus par le présent article, le tribunal pourra ordonner l'insertion intégrale ou par extrait du jugement dans les journaux qu'il désignera. Le tout aux frais du condamné. »

L'exposé des motifs de la loi en a posé le principe : « Il n'est ni politique ni moral d'abandonner aux empiétements de la vanité ou aux entreprises de la fraude une institution à laquelle se rattachent les grands souvenirs de l'ancienne monarchie, que les gloires de l'empire ont entourée d'un nouvel éclat, et qui s'appuie tout à la fois sur le respect que commande l'ancienneté des traditions et sur l'obéissance qui est due aux actes les plus solennels de la législation contemporaine. Ce serait d'ailleurs se faire illusion de croire que l'autorité de l'opinion et la puissance des mœurs sont assez fortes pour arrêter le désordre. Enhardi par l'impunité, il s'accroît chaque jour, et l'action de la justice répressive peut seule mettre un frein au nombre et à l'audace des usurpations. Animé de cette pensée, le gouvernement vous propose de rendre à l'article 259 sinon la forme, du moins le sens qu'il avait en 1810. » L'exposé ajoute : « Est-il besoin de dire que le projet n'entend point confier aux tribunaux le soin de procéder à une sorte de révision générale de tous les titres de noblesse? Aucun esprit sensé ne peut s'arrêter à une pareille supposition. Les règles en cette matière n'ont pas toujours été bien

certaines et bien stables ; le temps et l'usage peuvent en avoir affaibli le souvenir et l'autorité : les changements survenus dans la législation en ont rendu, en certains cas, l'application impossible. Il ne serait donc ni prudent ni juste de remonter à l'origine des possessions plus ou moins anciennes, pour y rechercher des abus et en faire retomber le châtiment sur la postérité de ceux qui les auraient commis. Le zèle éclairé des magistrats ne se trompera point sur les devoirs qui naîtront pour eux de la loi ; ils comprendront qu'ils doivent poursuivre et punir les usurpations flagrantes sur lesquelles il n'y a erreur ni illusion possible, dont le jour et l'heure peuvent être indiqués, que rien n'explique et ne justifie. Cette distinction, si facile à saisir, n'est que l'application du principe que, sans inteution coupable, il n'y a point de criminalité. »

On lit encore dans le rapport du corps législatif : « Votre commission s'est ralliée à l'idée de n'atteindre que les falsifications de noms opérées dans un but de distinction honorifique. Elle a pensé que c'était là, dans la réalité, le seul scandale dont l'opinion se fût émue et qui fût sérieusement punissable. L'abus des usurpations de noms nobiliaires est plus fréquent encore que celui de l'usurpation des titres et le prépare souvent ; ce sont des faits de même nature dictés par le même mobile, procurant les mêmes avantages ; comme le titre, plus que le titre même, la particule s'ajoute au nom, en fait partie, se communique et se transmet. Elle le décore, dans nos mœurs, presque à un égal degré et fait croire quelquefois davantage à l'ancienneté de l'origine... Est-il nécessaire de dire que l'adoption d'un nom de terre, relié par une particule au nom patronymique, qu'on conservera d'abord, sauf à le supprimer ensuite, pourra constituer l'infraction ? Une explication est cependant nécessaire : le projet punit quiconque, en vue d'une distinction honorifique, change, altère ou modifie le nom que lui assignent *les actes de l'état civil.* Qu'avons-nous entendu par cette expression générale et collective, et pourquoi n'avons-nous pas seulement indiqué l'acte de naissance comme la règle et le critérium du nom ? C'est que, dans des cas exceptionnels, l'acte de naissance peut être inexact, incomplet ou falsifié, et que le droit ou la vérité doivent alors se puiser dans l'ensemble des actes qui constatent la situation de

la famille. Si nous n'avons pas prévu distinctement l'usurpation du nom d'autrui, c'est que, sauf les cas où elle se confond avec d'autres délits, elle n'a jamais lieu que par vanité et se trouve forcément atteinte par les termes du projet. Dans quelles circonstances faudra-t-il que le délit ait été commis pour être punissable? La raison indique tout d'abord que presque toujours il consistera dans une série d'actes géminés, persévérants, nécessairement publics ; car l'usurpation ne peut se constituer d'une manière définitive et profitable qu'à la condition d'être acceptée par la société, ou tout au moins de lui être imposée. Il peut être cependant utile d'arrêter l'entreprise au moment où elle se forme, de la saisir, par exemple, dans les actes de famille dans lesquels on dépose les premiers germes pour y puiser ultérieurement les apparences d'une possession légitime ; mais il serait imprudent et dangereux de s'arrêter à des faits isolés, sans caractère certain. Le secret du domicile, l'intimité de la vie privée doivent, pour des faits de cette nature, demeurer toujours impénétrables. »]]

937. [[Il suit de ce texte et de ces explications que trois conditions sont exigées par la nouvelle loi pour que le délit existe : il faut que l'inculpé ait, sans en avoir le droit, pris un titre, changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent les actes de l'état civil : c'est là le fait matériel que la loi a voulu prohiber et qui constitue le corps même du délit. Il faut, en second lieu, que cette usurpation ait été faite publiquement : c'est cette publicité qui forme le préjudice social, parce que des intérêts et des droits peuvent en être froissés. Enfin, il faut qu'elle ait été faite en vue de s'attribuer une distinctiou honorifique : c'est cette intention qui constitue la moralité de l'acte et qui en autorise la répression pénale.

Reprenons ces treis éléments. Toute modification de nom que constatent les actes de l'état civil peut devenir la base d'une poursuite. Ainsi, la seule addition d'une particule au nom, bien qu'elle ne soit pas une preuve de la noblesse, en affecte les apparences, et, comme l'a dit le rapport, elle peut être à la fois un acte de fraude et un acte de mépris pour le nom de la famille ; elle rentre dans les termes de l'article 259. Il en est ainsi de l'addition au nom de famille d'un

autre nom précédé de la particule et qui est pris comme s'il désignait une terre, une ancienne possession, un ancien fief. Ce sont surtout ces sortes d'additions qui tendent à remplacer le nom vrai par le nom usurpé, que la loi a voulu réprimer. C'est en appréciant une fraude semblable que la cour de cassation a déclaré : « qu'en principe le nouvel article 259 a voulu atteindre toute usurpation de cette nature ; qu'il ne punit pas seulement ceux qui prennent sans droit un titre proprement dit, qu'il frappe de peines égales ceux qui, par une altération ou modification quelconque de leur nom patronymique, entendent lui imprimer un caractère de distinction honorifique [1]. » Si le prévenu invoque, comme moyen de défense, qu'il avait le droit de prendre la particule ou le surnom qu'il a ajouté à son nom, il appartient au juge correctionnel, qui n'est chargé de punir que l'usurpation, de prononcer, non sur la question de propriété, mais sur l'existence du délit ; ce n'est point là une question préjudicielle qu'il faille renvoyer aux tribunaux civils ; il ne s'agit que d'une simple appréciation du fait intentionnel qui constitue le délit.

La publicité, qui est le deuxième élément du délit, n'a point été définie par la loi. La commission du corps législatif avait proposé de dire que l'usurpation ne serait saisie que lorsqu'elle se serait produite « dans un acte authentique ou sous seing privé, ou dans un écrit publié. » Cet amendement, qui restreignait le mode de publicité, a été repoussé par le conseil d'État, et la loi lui a substitué le mot *publiquement*, qui comprend toutes les formes de la publicité. Il appartient donc au juge d'apprécier si l'usurpation a été publique dans le sens de la loi, si elle a été faite pour l'imposer à la société, pour fonder dans le public une prétention nobiliaire, pour la faire agréer.

Enfin, l'intention de s'attribuer une distinction honorifique, qui est l'élément moral du délit, doit résulter de faits qui manifestent une prétention nobiliaire et qui aient en même temps une signification aristocratique. Ainsi il ne suffirait pas que, pour se distinguer de

[1] Cass. 5 janv. 1861, Bull. n° 6 ; 11 nov. 1859, Bull. n° 248.

personnes qui portent le même nom, un individu ait ajouté à son nom patronymique celui du lieu de sa naissance ou de sa résidence, ce n'est point là l'acte d'une prétention nobiliaire; il a voulu distinguer son individualité, et non révéler une distinction honorifique. Mais cette addition changerait de caractère si celui qui l'a prise affectait de la lier d'une manière indissoluble à son nom ou de la substituer à ce nom, de sorte qu'elle devînt, non plus une distinction individuelle, mais une distinction honorifique.

Tel est l'esprit de la loi du 28 mai 1858. Elle n'a pas jugé que le ridicule fût une répression suffisante des prétentions nobiliaires dénuées de fondement, elle les a mulctées d'une amende ; elle n'a pas pensé que l'opinion publique fît assez sévère justice de ces prétentions surannées, elle les a qualifiées délit. Il s'ensuit que ce qu'elle a voulu atteindre, c'est l'audace, la mauvaise foi et la fraude; c'est l'usurpation d'un nom qui emporte en lui-même une signification nobiliaire ; c'est l'intention d'imposer vaniteusement au public le mensonge de cette usurpation. Il est sans doute inutile d'ajouter que si les noms ou les titres usurpés servent à surprendre la crédulité publique et à commettre une escroquerie, le fait tombe sous l'application de l'article 405, en le considérant soit comme l'emploi d'un faux nom, soit d'une manœuvre frauduleuse. La loi nouvelle punit la fraude du nom lorsqu'elle ne sert qu'à la vanité; l'article 405 la saisit et la frappe avec plus de rigueur lorsqu'elle est employée à la spoliation des tiers.]]

CHAPITRE XL.

ENTRAVES AU LIBRE EXERCICE DES CULTES.

(*Commentaire des art.* 260 *à* 264 *du C. pén.*)

938. Entraves qui font l'objet de ce chapitre.
939. Atteintes portées par des particuliers à l'exercice d'un culte (art. 260).
940. Examen du point de savoir si la loi du 18 novembre 1814, sur l'observation des fêtes et dimanches, est encore applicable.
941. Jurisprudence qui maintient à cette loi sa force légale.
942. Élément du délit prévu par l'article 260.
943. Troubles apportés à l'exercice d'un culte dans les lieux où il s'exerce (article 261).
944. Cet article ne s'applique qu'aux cultes légalement reconnus.
945. Ce qu'il faut entendre par les lieux où s'exerce le culte.
946. De l'outrage envers les objets du culte dans les lieux destinés à son exercice (art. 262).
947. Coups portés à un ministre du culte dans ses fonctions (art. 263).
948. Réserve faite par l'art. 264 à l'égard de faits plus graves.

---

938. Ce chapitre termine la série des actes de résistance, désobéissance et autres manquements envers l'autorité publique. Le législateur a cru devoir ranger dans cette classe les entraves mises au libre exercice des cultes : « Ce libre exercice, porte l'exposé des motifs, est l'une des propriétés les plus sacrées de l'homme en société, et les atteintes qui y seraient portées ne sauraient que troubler la paix publique. »

Le code pénal distingue quatre sortes d'entraves, quatre délits distincts : l'empêchement par voies de fait ou menaces à l'exercice d'un culte, l'interruption de cet exercice par des troubles ou désordres, l'outrage par gestes ou paroles contre les objets ou les ministres d'un culte, enfin les coups portés au ministre d'un culte dans

ses fonctions. Nous allons reprendre l'une après l'autre ces diverses incriminations.

939. La première est la simple atteinte portée à la liberté du culte : « Nulle religion, nulle secte, porte encore l'exposé des motifs, n'a le droit de prescrire à une autre le travail ou le repos, l'observance ou l'inobservance d'une fête religieuse, car nulle d'entre elles n'est dépositaire de l'autorité, et tout acte qui tend à faire ouvrir ou fermer des ateliers, s'il n'émane du magistrat même, est une voie de fait punissable. » C'est cette règle que l'article 260 a eu pour but d'appliquer. Cet article est ainsi conçu : « Tout particulier qui, par des voies de fait ou des menaces, aura contraint ou empêché une ou plusieurs personnes d'exercer l'un des cultes autorisés, d'assister à l'exercice de ce culte, de célébrer certaines fêtes, d'observer certains jours de repos, et en conséquence d'ouvrir ou de fermer leurs ateliers, boutiques ou magasins, et de faire ou quitter certains travaux, sera puni, pour ce seul fait, d'une amende de 16 à 200 fr. et d'un emprisonnement de six jours à deux mois. »

940. Cet article a été modifié par la loi du 18 novembre 1814, qui, dans l'intérêt de la religion catholique qui était alors la religion de l'État, commande l'interruption des travaux ordinaires les jours des fêtes célébrées par cette religion. Mais cette loi est-elle encore en vigueur? n'a-t-elle point été implicitement abrogée par la charte de 1830, qui a aboli la religion de l'État? Nous sommes forcés d'entrer dans l'examen de cette question. L'observation des jours consacrés aux solennités religieuses était prescrite par le règlement du 8 novembre 1782 : à cette époque la religion catholique était la seule dont l'exercice public fût autorisé en France. L'assemblée constituante proclama le principe de la liberté des cultes; mais ce principe, enfreint par la convention nationale, ne refleurit que quelques années plus tard : la loi du 4 ventôse an III permit l'exercice de tous les cultes, et celle du 7 vendémiaire an IV défendit aux juges, aux administrateurs et à tous autres de contraindre ou d'empêcher les citoyens d'observer certaines fêtes religieuses. Cependant cette tolérance fut troublée par la loi du 17 thermidor an VI, qui prescrivait

sous des peines sévères l'observation des décadis et des fêtes civiques. L'arrêté consulaire du 7 thermidor an VIII posa un principe que la législation n'a fait que développer : la prescription d'observer les décadis fut restreinte aux membres des autorités constituées. Les articles organiques de la loi du 18 germinal an X ne modifièrent point cette règle introduite en faveur des particuliers : ils se bornèrent à changer les jours de repos, sans toucher aux obligations qui en dérivaient. Enfin, l'article 260 a été la garantie et la consécration de ce système : il protége la liberté de tous ; il n'impose d'obligations à personne.

Telle était la législation lors de la promulgation de la charte du 4 juin 1814, dont l'article 6 proclamait la religion catholique religion de l'État. Dès le 7 juin suivant, le directeur général de la police rendit une ordonnance sur la célébration des fêtes et dimanches. Cette ordonnance, qui rétablissait des peines très-sévères, fut l'objet de vives réclamations, et n'eut qu'une existence éphémère ; mais elle fut l'origine et le prétexte de la loi du 18 novembre 1814. La proposition de cette loi se fonda sur ce qu'un article de la charte constitutionnelle ayant reconnu la religion catholique comme religion de l'État, il ne s'agissait que d'en fixer les prérogatives, et de renouveler en sa faveur les dispositions des ordonnances relatives à l'observation des dimanches et fêtes [1]. Ainsi cette loi n'était qu'un corollaire de l'art. 6 de la charte de 1814 ; et l'examen de ses dispositions confirme cette opinion, car elles sont inconciliables avec un système d'égalité légale entre les divers cultes ; elles supposent la prééminence du culte catholique. Ainsi les chrétiens des cultes dissidents sont obligés de célébrer des fêtes que leur conscience repousse, de susprendre leurs travaux aux heures des offices du culte catholique ; ainsi les israélites sont contraints d'observer, outre les fêtes prescrites par leur culte, celles d'un culte qui leur est étranger.

Or la charte de 1830, en abolissant la religion de l'Etat, a détruit cette prééminence. Dès lors la loi du 18 novembre 1814, conséquence d'un principe qui n'est plus, a dû immédiatement cesser

[1] Procès-verbal de la chambre des pairs, séance du 16 août 1814.

d'exister. Et comment, en effet, la loi qui, dans un esprit religieux, contraignait les cultes dissidents à la célébration des fêtes du culte catholique, pourrait-elle subsister encore, quand tous les cultes ont les mêmes droits, quand tous jouissent de la même liberté? Comment concilier cette gêne et ces entraves avec un principe qui domine toute la législation? Quelle que soit la réserve avec laquelle les abrogations implicites doivent être accueillies, on ne peut se défendre de considérer la loi du 18 novembre 1814 comme abrogée par la charte de 1830, car ce sont là deux principes contraires, qui ne peuvent vivre ensemble, dont l'un doit nécessairement absorber l'autre : et la pratique, au surplus, vient ici confirmer la théorie ; la loi du 18 novembre 1814 est aujourd'hui tombée en désuétude, ou du moins elle ne reçoit plus qu'une très-rare application.

[[941. Nous devons noter cependant que la jurisprudence a continué de reconnaître la force légale des dispositions de la loi du 18 novembre 1814; cette jurisprudence se fondait, sous la charte de 1830, « sur ce que cette loi n'avait point été expressément abrogée; que la proposition en avait été faite à la chambre des députés le 11 février 1832, mais qu'elle n'avait été suivie d'aucun effet; que l'abrogation tacite ne peut s'induire ni de la suppression de l'article 6 de la charte de 1814, ni de l'art. 5 de la charte de 1830; que ces diverses dispositions n'ont rien d'incompatible et peuvent facilement se concilier; que, d'une part, l'art. 3 de la loi du 18 novembre 1814 ne contient aucune prescription qui soit contraire à la liberté religieuse ; que, de l'autre, la protection promise à tous les cultes légalement reconnus n'exclut pas le respect dont la loi civile est partout empreinte pour le culte professé par la majorité des Français; qu'ainsi, par l'art. 57 de la loi du 18 germinal an X, le repos des fonctionnaires publics est fixé au dimanche; que les art. 63, 781 et 1037 C. pr. civ., 162 C. com., interdisent tout exploit, tout protêt, toute signification et exécution, les jours de fête légale ; que les prohibitions portées par l'art. 3 de la loi ont le même caractère, et qu'il n'appartient qu'au pouvoir législatif d'en changer ou d'en modifier les dispositions [1]. » Sous la con-

[1] Cass. 23 juin 1838, Bull. n° 176; 29 juin 1838, Bull. n° 182; 6 déc. 1845, Bull. n° 355.

stitution de 1848, la même solution a persisté, « attendu que l'art. 3 de la loi ne présente rien d'incompatible avec les principes admis par la constitution ; qu'en effet, si la constitution a consacré les principes favorables à la liberté de l'industrie, l'art. 3, fondé sur le respect dû aux cultes chrétiens, n'attaque point le libre exercice des autres cultes et ne peut contrarier en aucune sorte le principe de la liberté de l'industrie [1]. » Enfin, sous la constitution de 1852, il a été de nouveau déclaré « que cette loi n'a été abrogée ni expressément ni tacitement par aucune disposition constitutionnelle ou législative; qu'elle n'a rien d'incompatible ou d'inconciliable avec les principes soit de la liberté des cultes, soit de la liberté de l'industrie, proclamés en 1789, confirmés ou garantis par l'art. 1er de la constitution du 14 janvier 1852; que la protection accordée à tous les cultes également reconnus et à toutes les industries n'exclut pas le respect dont la loi civile est partout empreinte pour les cultes chrétiens, notamment pour celui professé par la majorité des Français [2]. »]]

942. L'article 260 n'a donc pas repris toute sa vie : les citoyens restent libres d'observer les fêtes ou de ne pas les observer; nulle contrainte ne peut être exercée pour les faire célébrer certaines fêtes, garder certains jours de repos ; ils n'ont d'autre règle à suivre que celle de leur conscience ; mais ils ne peuvent apporter aucun trouble, par leurs travaux ou leur industrie, à l'exercice du culte chrétien. Voilà le principe restreint que cet article applique et qu'il a sanctionné. Toutefois il ne l'a sanctionné qu'à l'égard des actes tyranniques qui peuvent être exercés par des particuliers, il n'a prévu que les attentats privés : les vexations des officiers publics constitueraient des excès de pouvoir ou des actes arbitraires, et appartiendraient à un autre ordre de faits. Une autre raison qui a également motivé cette restriction est que le législateur a voulu réserver à l'autorité civile le droit de célébrer les fêtes nationales. Mais cette limite apportée à l'application de l'article 260 n'en altère point le principe; les attentats de l'autorité civile échappent à la peine qu'il prononce, mais ils sont

[1] Cass. 21 déc. 1850, Bull. n° 434.
[2] Cass. 2 juin 1854, Bull. n° 179 ; 28 juill. 1855.

saisis par la peine qui punit les actes illégaux, car, en les exceptant, la loi ne les a point autorisés.

Les éléments du délit sont faciles à énumérer : le premier est la contrainte ou l'empêchement d'exercer le culte, d'assister à son exercice, de célébrer certaines fêtes, d'observer certains jours de repos ; le deuxième élément consiste dans le mode d'exercice de cette contrainte ou de cet empêchement : la loi l'a déterminé ; il faut qu'il se soit manifesté par des voies de fait ou par des menaces : les ordres ne suffiraient pas pour constituer la contrainte. Enfin, et nous déduisons ce troisième élément de l'esprit même de la loi, il est nécessaire que la contrainte ou l'empêchement ait été exercé avec la pensée d'entraver ou de gêner la liberté religieuse de la personne qui en est l'objet, car il ne faut pas perdre de vue qu'il ne s'agit dans cet article que d'une entrave à la liberté des cultes.

Le texte de l'article 260 nous suggère encore deux observations importantes : et d'abord il ne s'applique qu'à l'exercice des cultes *autorisés*. Cette distinction entre les cultes reconnus ou non reconnus par l'Etat, créée par le concordat du 18 germinal an X, formulée depuis par le code pénal et la loi du 25 mars 1822, est devenue la base de la protection que l'Etat accorde aux cultes. Nous n'avons point consenti à nous y arrêter quand il s'est agi d'incriminer et de punir les excès des ministres des cultes [1] ; car, puisque la loi a voulu accorder plus de faveur aux cultes reconnus, il eût été contre son esprit d'exempter des peines qu'elle prononce les ministres des cultes non reconnus ; mais lorsqu'il s'agit, non plus d'une pénalité à appliquer, d'un péril à prévoir, mais d'une protection à accorder, on peut concevoir que le législateur ait restreint cette concession aux seuls cultes dont il a autorisé l'exercice. Cette restriction est au surplus formelle dans cet article, et nous aurons lieu d'examiner tout à l'heure si l'on doit la continuer dans les articles qui suivent.

Notre deuxième réflexion a pour objet l'observation des *jours de repos*. La règle qui en affranchit les citoyens ne s'étend pas aux fonc-

[1] Voy. *suprà*, n° 779.

tionnaires publics ; le repos du dimanche et des fêtes conservées continue d'être obligatoire pour eux [1]. En conséquence, les lois ont défendu de faire, les jours fériés, aucune signification ni exécution (art. 63 et 1037 du code de procédure), d'exercer aucune contrainte par corps (art. 781 même code), d'exiger le payement et de faire le protêt des lettres de change (art. 135 et 162 du code de commerce), d'exécuter les condamnations (article 25 du code pénal), etc. ; les procédures criminelles ont seules été exceptées de cette règle générale par l'article 2 du décret du 17 thermidor an VI, que l'article 353 du code d'instruction criminelle n'a fait que confirmer.

943. Une deuxième entrave au libre exercice des cultes consiste dans les troubles et les désordres causés dans les lieux où ils s'exercent. L'article 261 est ainsi conçu : « Ceux qui auront empêché, retardé ou interrompu les exercices d'un culte par des troubles ou désordres causés dans le temple ou autre lieu destiné ou servant actuellement à ces exercices, seront punis d'une amende de seize francs à trois cents francs, et d'un emprisonnement de six jours à trois mois. »

Cet article avait été étendu et en même temps implicitement remplacé par l'article 13 de la loi du 20 avril 1825, qui portait : « Seront punis d'une amende de 16 à 300 francs et d'un emprisonnement de six jours à trois mois, ceux qui, par des troubles ou désordres commis *même à l'extérieur* d'un édifice consacré à la religion de l'Etat, auront retardé, interrompu ou empêché les cérémonies de la religion. » L'article 16 de la même loi appliquait cette disposition aux autres cultes. L'abrogation de cette loi par la loi du 11 octobre 1830 a fait revivre les dispositions de l'article 261.

Il faut, pour constituer le délit que prévoit cet article, qu'il y ait eu retard, empêchement ou interruption de l'exercice d'un culte, et que cette interruption, cet empêchement ou ce retard ait été causé

[1] Art. 2, loi 17 therm. an VI ; arr. du 7 therm. an VIII ; art. 57, loi du 16 germ. an X.

par des troubles ou désordres produits dans le lieu de l'exercice du culte. Ces deux conditions demandent quelques explications.

En premier lieu, tout trouble, tout désordre n'est pas passible de l'application de cet article; car son texte exige non-seulement l'existence d'un acte de désordre ou de trouble, mais que cet acte ait été la cause d'une interruption, d'un retard, d'un empêchement à l'exercice du culte. C'est donc moins le trouble que l'interruption elle-même que la loi punit, ou plutôt c'est le trouble seul, mais uniquement lorsqu'il est assez grave pour produire une interruption ou un retard dans le service religieux. La cour de Poitiers avait décidé que cet article n'est pas applicable au cas où un ecclésiastique est troublé et interrompu pendant qu'il entend la confession d'une personne dans l'église; elle s'était fondée sur ce qu'il n'y avait pas, dans ce moment, d'exercices du culte dans l'église, puisque la confession ne pouvait être regardée comme l'un de ces exercices. La cour de cassation a annulé cet arrêt, par les motifs « que la confession est la pratique d'un des devoirs les plus sacrés du culte catholique; que l'accomplissement de ce devoir de la part des fidèles est un acte qui constitue nécessairement l'exercice de ce culte; qu'un curé ou tout autre prêtre catholique qui entend la confession d'un fidèle est dans l'exercice de ses fonctions pastorales ou sacerdotales, et que l'exercice de ces fonctions se confond évidemment avec les exercices de ce culte, dans le sens de la loi [1]. » Dans une autre espèce, la même cour a également jugé que le père d'un enfant qui l'enlève malgré le curé, dans l'église et pendant le catéchisme, d'un lieu où il avait été mis en punition, devient passible de la même application [2]. [[Enfin, dans une troisième espèce, il a été jugé que le fait de procéder dans une église à une cérémonie funèbre, de réciter des prières, de répandre l'eau bénite et d'emporter le corps, sans assistance du prêtre et en s'opposant à son concours, rentre dans les termes de l'art. 261. « Comment ne pas reconnaître là, a dit le réquisitoire que l'arrêt a

[1] Cass. 9 oct. 1824, Bull. p. 416.

[2] Cass. 10 mai 1827, Sir. 27. 1. 508.

implicitement consacré, un trouble, un désordre ayant empêché une des plus graves cérémonies du culte? Si le prêtre eût voulu remplir son ministère, l'aurait-il pu au milieu d'assistants qui avaient déclaré n'avoir pas besoin de lui, qu'ils étaient maîtres dans l'église, et qui, après avoir récité eux-mêmes les prières, entendaient remporter le corps, comme si la cérémonie funèbre eût été parfaitement accomplie? Chercher à recommencer la cérémonie, n'était-ce pas s'exposer à la résistance et aux violences mêmes des assistants? n'était-ce pas s'exposer à causer un scandale non moins grand que celui qui venait de se commettre [1]? »]]

944. L'article ne parle que des *exercices d'un culte*, sans ajouter d'un culte *autorisé*, et cette omission se fait également remarquer dans les articles 262 et 263 : faut-il en conclure que le législateur, rejetant brusquement la distinction qu'il venait de formuler dans l'article 260, a voulu comprendre tous les cultes, reconnus ou non reconnus, dans les articles suivants? Nous ne pourrions admettre cette interprétation. Nous l'avons dit tout à l'heure, lorsqu'il s'agit d'incriminer les délits commis dans l'exercice des cultes par ceux qui les exercent, il nous paraît nécessaire d'étendre les dispositions de la loi à tous les cultes quelconques, parce que tous les cultes peuvent menacer la société du même péril : mais cette nécessité n'existe plus lorsqu'il s'agit, au contraire, d'établir, en faveur des cultes, des dispositions protectrices, propres à en maintenir l'exercice et la liberté; car le principe de cette loi est de tolérer tous les cultes, mais de ne protéger que ceux qui sont autorisés par l'Etat. Or, cette règle, le législateur a dû l'appliquer dans notre espèce, ou bien il eût manqué à ses propres principes. Et comment supposer qu'il ait voulu protéger par une sanction pénale le libre exercice d'un culte non reconnu, lorsque, par l'article 291, il ne leur permettait pas de se réunir et de l'exercer sans autorisation? Le législateur lui-même, en expliquant l'article 261, a dit : « L'auteur du trouble est également coupable, soit qu'il appartienne au culte dont les cérémonies ont été

[1] Cass. 5 févr. 1852, Bull. n 17.

troublées, soit qu'il lui soit étranger, car respect est dû *à tous les cultes qui existent sous la protection de la loi.* » Or les cultes autorisés sont les seuls qui existent sous cette protection. On oppose que le mot *culte* n'est suivi d'aucune restriction ; mais cet article et les suivants se réfèrent nécessairement à l'article 260, qui ouvre la section, et qui définit les cultes auxquels s'appliquent les dispositions de cette section. L'article 2 de la loi du 7 vendémiaire an IV, que l'article 261 a presque textuellement reproduit, s'étendait à un *culte quelconque, à quelque culte que ce soit ;* en élaguant ces expressions, l'article 261 indiquait déjà la pensée de restreindre le sens du mot culte ; et cette restriction résulte avec évidence de son rapprochement avec l'article 260, et du principe général que le législateur a constamment appliqué. Enfin, une peine ne saurait reposer sur une qualité vague et qui peut être inconnue de l'auteur du délit ; or, lorsqu'il s'agit d'un culte nouveau et dont l'existence n'est point un fait reconnu du public, quels seront les signes qui feront connaître à l'auteur du trouble qu'il commet une atteinte à la liberté d'un culte, qu'il se rend coupable d'un délit? Les peines ne peuvent s'asseoir que sur des bases fixes, et non sur des circonstances indéterminées. Nous pensons donc que les articles 261, 262 et 263 ne s'appliquent qu'aux seuls cultes reconnus par l'État.

943. Enfin, l'article 261, et, d'après cet article, l'article 262, punissent les troubles causés non-seulement dans le temple, mais *dans les lieux destinés ou servant actuellement à l'exercice du culte.* Ces termes, un peu obscurs, ne se trouvaient pas dans la première rédaction de l'article ; M. Cambacérès crut apercevoir une lacune : « L'article, dit-il, ne punit l'outrage fait aux objets d'un culte que lorsqu'il a lieu dans les édifices destinés à exercer ce culte ; cependant, dans les villes où il n'existe pas de consistoire, l'exercice du culte catholique est public : or la loi n'atteindrait pas l'homme qui se permettrait d'enlever le viatique qu'on porte à un malade. » M. Treilhard répondit que l'article devait être entendu dans le sens de cette opinion, et que, par exemple, là où les processions sont permises, les lieux où elles passent deviennent momentanément des lieux où le culte s'exerce.

Telle est la pensée que la loi a voulu exprimer ; et M. Berlier l'a rappelée avec clarté dans l'exposé des motifs : « Ces expressions mêmes, a-t-il dit, indiquent la limite dans laquelle le législateur a cru devoir se renfermer ; la juste protection due aux différents cultes pourrait perdre cet imposant caractère et dégénérer même en vexation ou tyrannie, si de prétendus outrages faits à des signes placés hors de l'enceinte consacrée pouvaient devenir l'objet de recherches juridiques. » C'est donc là seulement où s'exerce le culte, là où son service est célébré, que les troubles et les outrages peuvent être incriminés ; car la loi pénale n'a pas voulu punir le sacrilége, mais seulement l'entrave au libre exercice du culte.

946. L'article 262, qui prévoit la troisième espèce d'entrave, est ainsi conçu : « Toute personne qui aura, par paroles ou gestes, outragé les objets d'un culte dans les lieux destinés ou servant actuellement à son exercice, ou les ministres de ce culte dans leurs fonctions, sera punie d'une amende de 16 francs à 500 francs, et d'un emprisonnement de quinze jours à six mois. » Cet article a été abrogé en partie par l'article 6 de la loi du 25 mars 1822, qui porte : « L'outrage fait à un ministre de la religion de l'État, ou de l'une des religions légalement reconnues en France, dans l'exercice même de ses fonctions, sera puni des peines portées par l'article 1er de la présente loi (trois mois à cinq ans d'emprisonnement, et 300 francs à 6,000 francs d'amende). » L'outrage commis publiquement est seul atteint par ce dernier article. L'article 262, au contraire, comprend dans la généralité de ses termes les outrages non publics aussi bien que les outrages publics, car il ne distingue pas. De là il suit que cet article, implicitement abrogé en ce qui concerne les outrages publics, a continué d'être en vigueur relativement aux outrages non publics ; mais il est évident, dès lors, que les cas où il sera appliqué devront être extrêmement rares.

Nous avons indiqué précédemment les caractères de l'outrage par paroles ou par gestes, et nous venons de déterminer tout à l'heure ce qu'il fallait entendre par les lieux destinés ou servant actuellement à l'exercice du culte. Il reste donc, pour mettre en relief les divers

caractères du délit, à faire remarquer d'abord que par *objets du culte* il ne faut entendre que les symboles du culte qui sont exposés pendant son exercice et qui sont employés dans son service, et, en second lieu, que les outrages ne sont passibles des peines portées par l'article 262 qu'autant qu'ils sont exercés contre les ministres du culte *dans l'exercice de leurs fonctions.* Hors de cet exercice, ils ne sont plus considérés que comme de simples particuliers, et la protection qui leur est due est puisée dans les dispositions du droit commun.

947. L'outrage devient un crime, dans le système du code pénal, si l'agent s'est porté jusqu'à frapper le ministre du culte dans ses fonctions. L'article 263 porte en effet : « Quiconque aura frappé le ministre d'un culte dans ses fonctions sera puni de la dégradation civique. » Il est nécessaire de rapprocher cet article du quatrième paragraphe de l'article 6 de la loi du 25 mars 1822, lequel est ainsi conçu : « Si l'outrage, dans les différents cas prévus par le présent article, a été accompagné d'excès ou de violences prévus par le premier paragraphe de l'article 228 du code pénal, il sera puni des peines portées audit paragraphe, et, en outre, de l'amende portée au premier paragraphe du présent article. » Cette disposition, qui prévoit le même fait accompagné des mêmes circonstances, a-t-elle implicitement abrogé l'article 263, en ce qui concerne du moins les coups donnés publiquement? Des doutes pourraient s'élever à cet égard, en considérant que la loi du 28 avril 1832 a touché à l'article 263 pour y remplacer le carcan par la dégradation civique; or, comment regarder comme abrogée une disposition que le législateur promulgue de nouveau après l'avoir modifiée? A cela deux réponses : la rectification dont l'article 263 a été l'objet a eu uniquement pour but d'appliquer le principe général qui substituait la peine de la dégradation civique à celle du carcan, quand cette peine était isolée; mais de cette rectification toute matérielle il n'a pu résulter qu'une disposition à demi abrogée se soit tout à coup animée de la vie dont elle avait été privée.

Notre deuxième réponse est que l'article 263 a continué de vivre et d'être applicable en ce qui concerne les coups portés *non publiquement*. Toutefois M. Parant a pensé, au contraire, que l'art. 263 ne pouvait s'appliquer actuellement même aux coups non publics, parce qu'il serait étrange de punir les violences non publiques de la peine de la dégradation civique, tandis que les violences portées publiquement, et qui par conséquent forment un délit plus grave, ne constitueraient toutefois, aux termes de la loi de 1822, qu'un délit correctionnel [1]. On doit avouer, en effet, que ces deux dispositions ne sont point en harmonie entre elles, et la remarque de M. Parant est pleine de justesse; mais peut-on, à raison d'une anomalie dans la distribution des peines, considérer comme implicitement abrogé un article du code dont nulle loi n'a déclaré l'abrogation, et dont la disposition, en ce qui concerne les coups non publics, n'a point été remplacée? Nous hésitons à le croire. L'anomalie a été justement signalée; elle accuse le législateur, mais elle ne saurait entraîner la suppression de la loi. Tout ce qui résultera de cette complication des deux législations, c'est que les coups portés avec la circonstance aggravante de la publicité seront punis moins fortement que lorsqu'ils auraient été commis sans cette circonstance. Cela est sans doute inconséquent; mais si l'interprétation doit éclairer les textes de la loi, elle ne peut les modifier : ces textes sont précis; il faut les appliquer tels qu'ils sont.

Du reste, l'article 263 ne punit que les agents qui ont *frappé*, et par conséquent seulement les *coups* portés. Nous ne pouvons que nous référer sur ce point à nos observations sur l'article 228 : il ne punit, en effet, que les coups portés au ministre *dans ses fonctions;* la peine des coups portés au ministre du culte hors de ses fonctions serait celle portée par la loi commune à l'égard des simples citoyens.

948. Nous terminerons ici ce chapitre, car nous ne parlerons que pour en faire une simple mention de l'article 264, qui est ainsi conçu :

[1] Lois de la presse, p. 141.

« Les dispositions du présent paragraphe ne s'appliquent qu'aux troubles, outrages ou voies de fait dont la nature ou les circonstances ne donneront pas lieu à de plus fortes peines, d'après les autres dispositions du présent code. » Cette réserve était surabondante; il est certain qu'un délit ne peut en aucun cas servir d'excuse à un délit plus grave.

CHAPITRE XLI.

ASSOCIATION DE MALFAITEURS.

(Commentaire des articles 265, 266, 267 *et* 268 *du C. pén.*)

---

949. Le code pénal a réuni dans une même section trois délits que lie entre eux un caractère commun, quoiqu'ils diffèrent par leur valeur morale et le degré de leur gravité : ce sont les associations de malfaiteurs, le vagabondage et la mendicité. Ces trois actes présentent un double caractère : ils peuvent être incriminés, à raison de l'immoralité qui leur est propre, comme des délits particuliers, mais ils forment en même temps des actes préparatoires d'autres crimes ou délits plus graves. Ainsi la société peut s'alarmer à juste titre, non pas seulement de la perversité que ces faits décèlent en eux-mêmes, mais de la menace incessante qu'ils renferment et semblent lui porter. Ainsi la peine qui les frappe n'a pas pour unique mission de réprimer, mais encore de prévenir.

Cependant ce n'est point comme actes préparatoires que la loi incrimine ces faits; les actes simplement préparatoires, nous l'avons dit précédemment [1], échappent à son action ; trop d'incerti-

[1] T. 1, n° 162.

tudes enveloppent encore leur but, trop de distance les sépare de l'accomplissement du crime, pour qu'il soit possible de les lier à ce crime et de les punir comme un commencement de son exécution. La loi pénale n'a donc considéré l'association des malfaiteurs, le vagabondage et la mendicité, que comme des délits particuliers, distincts des actes auxquels ils peuvent conduire, et elle ne les a incriminés que d'après leur valeur intrinsèque, et abstraction faite des crimes qu'ils peuvent avoir pour but de préparer.

L'association des malfaiteurs pour commettre des crimes est le plus grave de ces trois faits; sa seule existence est une atteinte à l'ordre public; non-seulement elle le menace, mais elle le trouble déjà. Il est évident, en effet, qu'une telle association, quelles qu'en soient les suites, est un acte immoral et que la société ne doit pas tolérer : les réunions de malfaiteurs et leurs criminelles machinations, dès qu'elles se trahissent par un acte extérieur, tombent dans le domaine de la loi pénale; elles constituent par elles-mêmes un véritable délit.

950. Le code a donné à cette association la qualification de crime; l'art. 265 est ainsi conçu : « Toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés est un crime contre la paix publique. » Mais pour l'existence du crime deux conditions sont exigées : il faut qu'il y ait une association, il faut que cette association soit dirigée contre les personnes ou les propriétés.

L'association, tant qu'elle ne se manifeste que par des paroles ou même par des réunions, n'est point atteinte par la loi; la simple résolution d'agir qui constitue le complot, dès qu'elle est arrêtée entre plusieurs personnes[1], ne suffit pas pour incriminer l'association; il faut que cette association se trahisse par un acte préparatoire, et cet acte est l'organisation des bandes. « Il y a association, dit l'exposé des motifs, dès qu'il y a des bandes organisées par la nomination des chefs et par leur correspondance entre eux. » L'article 266 n'a fait que consacrer cette règle : « Le crime existe, porte cet article,

[1] *Voy.* t. 2, n°s 354 et 355.

par le seul fait d'organisation de bandes ou de correspondance entre elles et leurs chefs ou commandants, ou de conventions tendant à rendre compte ou à faire distribution ou partage du produit des méfaits. »

La rédaction de cet article est évidemment incorrecte. Il semble, en effet, en résulter que l'existence du crime se puise dans trois circonstances tout à fait différentes : l'organisation des bandes, la correspondance de ces bandes avec leurs chefs, enfin les conventions qui règlent le partage du butin. Or il est visible que cette circonstance et ces conventions de partage ne sont point des faits différents de l'organisation elle-même ; ils la supposent au contraire, et ne font que la révéler. Ainsi l'intention de la loi, intention que la rédaction n'a pas exprimée, a été uniquement de désigner quelques-unes des circonstances dont elle fait dériver le fait de l'organisation ; mais c'est cette organisation seule qui constitue le crime ; c'est là la circonstance unique et nécessaire de son existence, le fait extérieur qui décèle le péril et que la loi peut atteindre.

951. Il faut que cette organisation soit complétement établie ; la loi, sans en définir tous les éléments, en a du moins déterminé les caractères principaux. L'article 266 suppose non-seulement une association préalable, mais la formation d'une ou plusieurs bandes, des chefs pour chaque bande, des conventions pour la distribution des produits. L'article 267 parle de commandants en chef ou en sous-ordre, et de directeurs de l'association. Enfin l'article 268 prévoit la séparation d'une bande en plusieurs divisions, et la fourniture d'armes, de munitions et de lieux de retraite. La désignation de ces diverses circonstances, quoique d'ailleurs purement énonciative, indique dans la loi l'intention de n'atteindre que des associations activement organisées, et dont les membres, obéissant à une impulsion unique, agissant dans un intérêt commun, soient liés les uns aux autres par une discipline qui fait le principal danger de l'association. Mais c'est au jury qu'il appartient d'apprécier les signes caractéristiques de l'organisation de l'association, et de déterminer si la réunion n'est qu'éphémère et rassemblée uniquement pour accomplir un acte

isolé, ou si elle est soumise à des règles qui manifestent une organisation durable et arrêtée.

Le nombre des malfaiteurs nécessaire pour constituer l'association n'est point déterminé par la loi. Faut-il suppléer à ce silence, et décider, comme l'a fait M. Carnot[1], que les bandes doivent être composées de vingt personnes au moins? Nous avons déjà émis l'opinion, au sujet des bandes séditieuses[2], que les articles 210, 211 et 212 du code, qui déterminent, dans les cas de rébellion, le nombre de personnes nécessaire pour former la réunion rebelle, doivent être soigneusement circonscrits dans la matière à laquelle ils s'appliquent : en effet, il ne s'agit, dans ces articles, que des réunions subites et éphémères, et ces réunions ne peuvent être assimilées à des bandes organisées ; l'organisation donne à la réunion une gravité qu'un rassemblement fortuit, même plus nombreux, n'aura jamais. Il est donc impossible de poser une règle par voie d'analogie : la question du nombre des individus nécessaire pour former une bande rentre dans la question de l'organisation même de cette bande ; elle est abandonnée aux lumières du jury, qui n'a point à s'expliquer sur le nombre des hommes qui la composaient, mais seulement sur le point de savoir si ces hommes étaient assez nombreux pour qu'il y eût bande de malfaiteurs dans le sens de la loi pénale.

Il semble enfin, à la lecture de la loi pénale, que le législateur ait eu l'intention de faire de la composition de la bande l'un des éléments de son organisation ; il déclare, en effet, que la bande doit être composée de *malfaiteurs ;* et quel sens imprime-t-il à cette expression? L'exposé des motifs l'apprend : « Il faut remarquer que les malfaiteurs dont il s'agit en ce moment ne sont pas ceux qui agissent isolément ou même de concert avec d'autres pour la simple exécution d'un crime. Ce que la loi considère plus particulièrement ici ce sont les bandes ou associations de ces êtres pervers, qui,

[1] Comment. du cod. pén. sur cet article.

[2] *Voy.* t. 2, nos 390 et suiv.

faisant un métier du vol et du pillage, sont convenus de mettre en commun le produit de leurs méfaits. » Il ne faut pas toutefois donner à ces paroles un sens restrictif, et en induire que la qualification de malfaiteur suppose la perpétration d'autres méfaits, ou doit nécessairement se puiser soit dans des condamnations précédentes, soit même dans une vie dépravée et flétrie par de vicieuses habitudes. La qualité de malfaiteur peut ressortir des seules circonstances de l'association, de ses conditions et de son but : on devient malfaiteur par cela seul qu'on s'associe pour commettre des méfaits. Le législateur a dû se servir de cette expression en présence du cas qui préoccupait le plus son attention et qui doit se présenter le plus souvent. Les vagabonds, les repris de justice, les gens sans aveu et les mendiants, sont évidemment les agents que recruteront habituellement les bandes et les associations ; mais le terme légal n'a rien d'exclusif.

952. Le deuxième élément du crime est que l'association soit dirigée contre les personnes ou les propriétés. C'est le but de l'association qui seul fait son immoralité et son péril ; il est évident que si le but même illégitime de cette association était autre que celui que la loi indique, le crime cesserait d'exister. L'article 266 semble supposer que l'organisation de la bande aura pour but unique le vol et le pillage, puisqu'il mentionne le partage du butin comme l'un des éléments constitutifs du crime. Il est certain, en effet, que les crimes contre les propriétés seront l'objet le plus ordinaire de ces associations, et que les violences contre les personnes ne seront le plus souvent employées que comme moyens d'exécution. Mais les termes de l'article 265 sont généraux ; ils comprennent tous les crimes envers les personnes et envers les propriétés ; il n'est donc permis de faire aucune distinction ; et l'association qui prendrait sa source, non pas dans la cupidité, mais dans la vengeance ou dans les mauvaises passions, qui aurait pour but, non pas des vols, mais des attentats envers les personnes, rentrerait incontestablement dans les termes de la loi pénale.

M. Carnot a soulevé la question de savoir si l'association doit être

comprise encore dans ces termes, lorsqu'elle aurait pour but la perpétration, non pas de faits qualifiés crimes, mais de simples délits. Ce criminaliste, s'appuyant sur ce que la loi parle en général de l'association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés, sans définir la gravité des atteintes, décide qu'il n'est permis d'introduire aucune distinction. Nous aurions quelque peine, même dans le silence de la loi, à adopter une telle interprétation; car il est certain que deux associations qui se forment, l'une pour ne se livrer qu'à des délits légers, l'autre pour exécuter les attentats les plus graves, ne présentent ni le même péril pour la société, ni la même immoralité dans les agents. Mais le texte de la loi autorise d'ailleurs à douter qu'elle ait voulu comprendre ces deux actes dans sa disposition. L'article 267 porte, en effet, que les chefs de l'association seront punis des travaux forcés à temps, *quand ce crime n'aurait été accompagné ni suivi d'aucun autre*. Ainsi la prévention de la loi s'arrête au cas où le crime de l'association aurait été suivi ou non suivi *d'un autre crime;* elle ne prévoit nullement celui où l'association aurait commis un simple délit : il ne s'agit donc, dans sa pensée, que d'une association formée pour se livrer au crime. A la vérité, on peut objecter qu'il est difficile de discerner si l'association de malfaiteurs qui ne s'est encore livrée à aucun méfait se proposait de commettre des actes de telle ou telle gravité. Mais la loi met déjà à la charge de l'accusation la preuve que l'association s'était organisée dans le but d'attaquer les personnes ou les propriétés; il faut donc qu'elle établisse quelle eût été la nature des actes de cette bande; or il ne lui est pas plus difficile d'établir quelle eût été leur gravité. Cette preuve se puisera dans l'organisation même de la bande, dans le nombre et la moralité des affiliés, dans la production des instruments d'escalade ou d'effraction dont ils étaient munis, enfin dans la nature des armes offensives qu'ils avaient en leur possession.

Deux conditions distinctes sont donc nécessaires pour l'existence du crime d'association de malfaiteurs : il faut que cette association se manifeste par l'organisation d'une bande; il faut qu'elle se propose pour but de se livrer à des atteintes qualifiées crimes par la loi, con-

tre les personnes ou les propriétés. Chacun de ces deux éléments est également indispensable pour l'application de la peine portée par la loi.

953. Cette peine a deux degrés, qui prennent leur base dans l'importance des fonctions que l'accusé exerçait dans la bande organisée. L'article 267 est ainsi conçu : « Quand le crime n'aura été accompagné ni suivi d'aucun autre, les auteurs, directeurs de l'association, et les commandants en chef ou en sous-ordre de ces bandes, seront punis des travaux forcés à temps. » Le premier membre de cet article présente, à la première vue, un sens ambigu ; on pourrait croire que l'association n'est un crime qu'autant qu'elle n'est suivie d'aucun acte, et qu'elle est en quelque sorte absorbée par la perpétration concomitante ou postérieure d'un autre crime : telle n'a pas été l'intention de la loi ; ce qu'elle a voulu dire, c'est que les chefs de la bande sont punis des travaux forcés à temps, lors même que cette bande ne s'est encore livrée à aucun crime. Mais si l'association, au contraire, a été accompagnée ou suivie d'un autre crime, ces deux attentats doivent être l'objet d'une poursuite simultanée, et les associés deviennent passibles de la peine applicable au plus grave des deux crimes.

La qualité de *commandant en chef ou en sous-ordre* constitue une *circonstance aggravante* du crime d'association de malfaiteurs. Ainsi la cour de cassation a pu juger, d'après cette règle, que lorsque la question de savoir si l'accusé est coupable d'avoir fait partie d'une bande en qualité de commandant, a été posée au jury, et que le verdict a déclaré la culpabilité, en écartant les circonstances aggravantes, l'accusé ne peut plus être condamné que pour avoir fait partie de la bande, sans y exercer aucun commandement [1]. La même solution s'appliquerait évidemment à la qualité d'*auteurs* ou de *directeurs* de l'association. Mais la cour de cassation a jugé, en outre, que ces derniers termes peuvent être remplacés par des expressions équipollentes; c'est ainsi qu'elle a reconnu que l'accusé qui est dé-

[1] Cass. 9 fév. 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 28.

claré coupable d'avoir *formé* une association de malfaiteurs peut être condamné comme *auteur* de cette association [1]. Assurément, dans l'espèce, cette interprétation était conforme aux termes de la déclaration ; mais on ne peut néanmoins se dissimuler que cette sorte d'interprétation, formulée en doctrine, aurait dans certains cas de graves dangers. Ce n'est donc qu'avec défiance, et après une minutieuse recherche du sens de la décision du jury, qu'elle doit être accueillie.

954. La deuxième catégorie des coupables fait l'objet de l'article 268, qui est ainsi conçu : « Seront punis de la reclusion tous autres individus chargés d'un service quelconque dans les bandes, et ceux qui auront sciemment et volontairement fourni aux bandes ou à leurs divisions, des armes, munitions, instruments de crime, logement, retraite ou lieu de réunion. » Cet article se divise lui-même en deux parties distinctes ; il comprend dans ses termes deux classes de malfaiteurs, qui n'y sont réunies que parce qu'ils sont punis d'une même peine.

Le premier point est de savoir ce qu'il faut entendre par ces mots : *tous autres individus chargés d'un service quelconque dans les bandes*. Ces expressions comprennent-elles tous ceux qui *font partie* des bandes, qu'ils aient ou non été chargés d'un service spécial ? Tous les criminalistes qui ont écrit sur le code pénal ont soutenu la négative [2]; voici comment l'un d'eux a formulé cette opinion : « L'art. 100 du code pénal veut que ceux qui, ayant fait partie de bandes armées, mentionnées en l'article 96, sans y exercer aucun commandement, et sans y remplir aucun emploi ni fonction, se seront retirés, ne soient passibles d'aucune peine. L'article 213 renferme une disposition non moins favorable aux rebelles qui, étant sans fonctions ni emploi dans les bandes ou attroupements en rébellion, se seront retirés au premier avertissement. L'article 268 est rédigé dans le même esprit. Le législateur n'a voulu atteindre que ceux qui sont chargés *d'un service*

[1] Cass. 27 avr. 1834, Journ. du dr. crim. 1834, p. 317.

[2] M. Carnot, Comm. du cod. pén., t. 1, p. 632; Bourguignon, Jur. du cod. crim., t. 3, p. 250; Rauter, Traité de dr. crim., t. 1.

quelconque dans les bandes, et non ceux qui, comme dans les cas déterminés par les articles 100 et 213, font partie de ces bandes sans être chargés d'aucun service. Supposons, en effet, qu'une bande de malfaiteurs traîne après elle ses femmes, ses enfants; ils font tous partie de la bande, mais ils ne sont pas tous *chargés d'un service quelconque*. Nous ne prétendons pas soutenir que ces derniers ne soient très-répréhensibles ; mais comme, dans une bande de malfaiteurs, il se trouve toujours un très-grand nombre de coupables, le législateur a permis que ceux dont la culpabilité serait moins grave, en raison de ce qu'ils n'avaient été chargés d'aucun service, échappassent à la peine. Voilà comment l'article 268 doit être entendu. »

Cette interprétation n'a point été admise par la cour de cassation, qui a décidé, au contraire, par deux arrêts : « que la disposition de l'article 268 qui punit de la reclusion tous individus chargés d'un service quelconque dans les bandes de malfaiteurs, s'applique nécessairement à tous les individus qui font partie de ces bandes sans y remplir les fonctions de directeurs ou de commandants; que par cela seul, en effet, qu'ils en font partie, ils y font nécessairement une fonction quelconque[1]. »

Au milieu de cette dissidence d'opinions, nous n'hésitons pas à croire que la jurisprudence de la cour de cassation est seule conforme au véritable esprit de la loi pénale. Il est essentiel de remarquer, en premier lieu, que les articles 100 et 213 peuvent bien être invoqués ici comme dispositions analogues, mais nullement comme dispositions applicables; ces articles sont, en effet, formellement restreints, par leur texte même, aux faits de sédition ou de rébellion, et il serait impossible d'appliquer, même par voie d'analogie, la peine de la surveillance qu'ils maintiennent, contre les individus qui ont fait partie des bandes de malfaiteurs. Il résulte de cette première observation que ces individus se trouveraient, si l'on adoptait le système de MM. Carnot et Bourguignon, dans une situation beaucoup plus

[1] Cass. 15 mai 1818, Bull. n° 70 ; 9 févr. 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 26.

favorable que ceux qui ont fait partie des bandes séditieuses ou rebelles ; car ces derniers restent du moins passibles de la surveillance, lors même qu'ils n'ont exercé aucun emploi et qu'ils se sont retirés au premier avertissement, tandis que les malfaiteurs réunis en bandes pour commettre des crimes seraient exempts de toute peine quelconque par cela seul qu'ils n'auraient exercé aucun emploi dans cette bande. Cependant une distance immense sépare ces associations. Le législateur a vu avec raison, dans les hommes qui suivent l'appel de chefs séditieux ou rebelles, des êtres égarés plutôt que coupables ; et les dispositions des articles 100 et 213, dictées par une saine politique autant que par l'humanité, ont pour but d'épargner ces hommes, lorsqu'à la voix de l'autorité ils ont reconnu leur erreur et sont rentrés dans le devoir. Mais telle n'est point la position des malfaiteurs qui forment ensemble un pacte criminel et se réunissent pour l'exécuter. Il ne s'agit point ici d'une réunion politique à laquelle s'adjoignent des individus qui n'en comprennent ni le but ni la portée, mais d'une association secrète avec laquelle pactisent des malfaiteurs ; il ne s'agit pas d'une association qu'une pensée simultanée forme entre plusieurs individus, mais d'une convention mûrement pesée entre plusieurs associés, et dont tous connaissent le but criminel : comment donc peut-on supposer que ces malfaiteurs, associés pour commettre des crimes, aient paru au législateur moins à craindre que les membres obscurs d'une bande séditieuse, et qu'il ait négligé, s'il avait voulu absoudre ceux qui n'ont exercé aucun service actif, de les soumettre du moins comme ceux-là à la peine de la surveillance? De cette omission seule ressort l'esprit de l'article 268 : cet article n'a point écarté de ses dispositions les individus dont tout le crime a consisté à faire partie des bandes ; donc il les a confondus dans son incrimination. Il ne les a point frappés d'une peine spéciale et moins sévère ; donc il a voulu qu'ils fussent soumis à la peine édictée pour tous. Car, on le répète, on ne peut admettre que cette classe d'individus, placés dans une situation évidemment moins favorable que ceux dont se sont occupés les articles 100 et 213, fussent cependant l'objet d'une plus grande faveur. Et puis, en définitive,

n'est-ce donc pas accepter un service quelconque que d'entrer dans une bande organisée pour commettre des crimes? N'est-ce pas déjà y faire un service que d'y être associé et de se tenir préparé à la perpétration des crimes projetés? Le texte primitif de l'article 268 portait : *un service quelconque de toute espèce;* ces derniers mots ont été retranchés comme surabondants; mais ils témoignaient de l'esprit de l'article, et cet esprit n'a point changé. Est-il besoin, enfin, de faire remarquer qu'il ne suffit pas pour faire partie de la bande de marcher à la suite, et que les femmes et les enfants, dont M. Bourguignon a argué, ne rentreraient point nécessairement dans les termes de l'article 268? Faire partie de la bande, ce n'est pas seulement faire partie de la réunion, c'est compter parmi les associés, c'est avoir souscrit aux conventions criminelles, c'est avoir droit à une part dans le produit des méfaits. Ceux-là seulement, en effet, peuvent être considérés comme chargés d'un service quelconque dans le sens de la loi; mais on ne voit aucun motif de leur enlever ce caractère.

955. La deuxième partie de l'article s'applique à ceux qui ont *sciemment et volontairement* fourni aux bandes ou à leurs divisions des armes, des lieux de réunion. La connaissance du but de l'association, et la volonté de concourir à ce qu'il soit atteint, sont deux éléments constitutifs du crime; ainsi la cour de cassation a annulé le verdict d'un jury qui déclarait l'accusé coupable d'avoir fourni des munitions à une bande de malfaiteurs, parce que : « ni les mots de l'article *sciemment et volontairement*, ni aucun autre mot présentant la même idée, n'étaient dans la déclaration; que cette déclaration, qui ne donnait pas au fait qu'elle énonçait le caractère constitutif du crime, était donc incomplète et insuffisante, et ne pouvait servir de base légale à la condamnation de l'accusé [1]. »

Les individus qui ont fourni les armes, les munitions, les lieux de retraite, peuvent-ils être incriminés s'ils n'ont prêté cette assistance qu'à un seul membre de la bande? La difficulté naît de ces

[1] Cass. 22 juill. 1824, Bull. p. 284.

termes de l'article : *aux bandes ou à leurs divisions*. Il semble suivre de ces termes, en effet, que la loi n'a voulu punir le complice par assistance que lorsqu'il a assisté la bande ou une partie de cette bande, parce que dans ce cas son crime devient plus évident, la participation moins équivoque. Cependant cette interprétation ne doit pas être suivie trop rigoureusement : car il est des cas où un seul individu pourrait être considéré comme une division de la bande, comme, par exemple, si cet individu avait été délégué pour apporter des vivres, des munitions, s'il avait agi au nom de cette bande et exercé l'autorité puisée dans son existence, si cet individu enfin était connu pour être le chef de cette bande ; dans ces divers cas, en effet, l'assistance est donnée à la bande entière, et aucun motif sérieux n'appuierait une distinction.

CHAPITRE XLII.

DU VAGABONDAGE.

(*Commentaire des art.* 269, 270, 271, 272, 273, 277 *et* 281 *du C. pén.*)

956. Défiance que les vagabonds doivent inspirer à la société.
957. Mesures prises à leur égard par l'ancienne législation.
958. Dispositions des lois modernes.
959. Caractère du vagabondage.
960. Le vagabondage est incriminé comme délit et comme circonstance aggravante d'un autre délit.
961. Définition légale du délit (art. 270).
962. Ce que la loi entend par le défaut d'un domicile certain.
963. Des voyageurs trouvés non munis de passe-ports.
964. Ce que la loi entend par manque de moyens de subsistance.
965. Ce que la loi entend par défaut de profession ou de métier.
966. La loi punit dans le vagabondage un fait moral.
967. Peines de ce délit.
968. Nécessité de peines spéciales à raison de la spécialité.
969. Si la surveillance peut être remise en vertu de l'art. 463.
970. Nouvelle jurisprudence sur cette question.
971. Mesures relatives aux vagabonds âgés de moins de 16 ans.
972. Si la minorité est un fait exclusif du vagabondage.
973. Réclamation des vagabonds par une commune, ou cautionnement offert par un citoyen (art. 273).
974. Appréciation de ces réclamations ou offres de caution.
975. Cette mesure ne s'applique pas aux simples prévenus. Ses effets à l'égard des condamnés.
976. Mesures spéciales relatives aux vagabonds étrangers (art. 272).
977. Cette mesure ne peut être excusée par les tribunaux.
978. Peines au cas d'infraction à la mesure d'expulsion.
979. Renvoi du cas où le vagabondage est considéré comme circonstance aggravante.

---

956. Les agents que la loi a qualifiés de *vagabonds* et de gens *sans aveu* ont excité dans tous les temps les inquiétudes du législa-

teur. Signalés par une vie errante, aventureuse et oisive, le seul mode de leur existence a paru comme une menace incessamment jetée à l'ordre social. Car aucun lien ne les attache à la société, aucun intérêt ne les unit à la patrie ; ils parcourent le pays comme des étrangers; il semble qu'ils soient prêts à s'en déclarer les ennemis. Et comment, d'ailleurs, n'appelleraient-ils pas la défiance, ces hommes qui n'ont point de demeure, dont les ressources sont inconnues, et qui refusent de demander au travail l'appui de leur existence? Comment n'inspireraient-ils pas de craintes, quand leur position et leurs besoins leur font en quelque sorte une loi impérieuse du crime, et que leurs courses incessantes, en effaçant les traces de leurs pas, les dérobent aux recherches de la justice?

957. Ces dangereux agents devaient donc devenir l'objet de la sollicitude de la loi : toutefois, les mesures qui leur ont été appliquées ont varié suivant les temps, et surtout suivant les mœurs des peuples. La loi romaine, au témoignage d'Ulpien, donnait à chaque proconsul le pouvoir de bannir de la province les hommes mal famés et dangereux [1]. Cette disposition fut reproduite dans le chapitre 34 des Établissements de saint Louis : « *Se aucuns est qui n'ait riens et soit en la ville sans rien gaigner et il hante tavernes, la justice le doit prendre et demander de quoi il vit, et se il entend qu'il mente et que il soit de mauvaise vie, il le doit jeter hors de la ville.* » Une ordonnance du roi Jean, de novembre 1354, prescrivait un autre système de répression ; il était défendu : « qu'aucunes personnes, hommes et femmes, sains de leurs corps et membres, saichant, non saichant métiers, soyent ou demeurent oiseux en taverne ou autre part, ou que ils vident la ville dedans trois jours; et se après lesdicts trois jours ils y sont trouvés oiseux ou mendiants, ils seront pris et mis en prison et tenus au pain et à l'eau par l'espace de

[1] Congruit bono et gravi præsidi curare ut pacata atque quieta provincia sit quam regit : quod non difficilè obtinebit si sollicitè agat ut malis hominibus provincia careat eosque conquirat. L. 13, Dig. de officio præsidis.

trois jours; et quand ils auront esté délivrés de ladite prison, se depuis ils y seront trouvés oiseux ou ils n'ont bien de quoi ils peussent avoir convenablement leur vie, ils seront mis au pilory; et la tierce fois, ils seront signez au front d'un fer chaud et bannis desdits lieux. » Ces mesures étaient impuissantes. En juin 1456, les états de Languedoc signalaient, dans leurs doléances, « les gens vagabonds et oiseux qui ne font œuvre ne mestier, appelés raffinez, qui se trouvent ès bonnes villes au long du jour et de la nuit, ès tavernes et autres lieux dissolus, et leur est force, pour entretenir leur mauvaise vie, qu'ils soient larrons et commettent plusieurs choses mal faites; et y en a telle quantité, qu'il n'est à peine jour que esclandre et plaintes ne s'en ensuivent, et sans qu'aucun remède y soit donné. » C'est pour faire cesser un tel état de chose général dans toute la France, que l'ordonnance de Blois (mars 1498) soumettait le jugement des vagabonds à des formes spéciales et plus rigoureuses de procédure (articles 92 et suiv.); que la déclaration du 7 mai 1526 commettait un lieutenant avec la mission spéciale de livrer à la justice les *vagabonds, oysifs, mal vivants, gens sans aveu, joueurs de cartes et de dés;* enfin, que la déclaration du 18 avril 1558 faisait exprès commandement *à tous vagabonds, gens oisifs, sans adveu, maistre ne meistier, vider la ville dedans 24 heures à peine de la hart.* Les ordonnances postérieures des 4 février 1567, 30 mars 1635 et 25 juillet 1700 portaient les peines du fouet, de la marque, de la prison, et, en cas de récidive, des galères. Plus tard, les vagabonds furent punis de la transportation aux colonies (décl. du 12 mars 1719); puis cette transportation, abrogée par la déclaration du 5 juillet 1722, fut remplacée par des galères à divers degrés pour les hommes, et le fouet ou la flétrissure pour les femmes. Un dernier édit du 3 août 1764 maintenait les galères pour les vagabonds valides, et punissait de la prison à temps ceux à qui leur âge, leurs infirmités ou leur sexe ne permettaient pas d'infliger cette peine. « Cette rigueur, porte le préambule de cet édit, nous a paru d'autant plus nécessaire, que ce n'est que par la sévérité des peines que l'on peut espérer de retenir ceux que l'oisiveté et la fainéantise

pourraient engager à continuer ou à embrasser un genre de vie qui n'est pas moins contraire à la religion et aux bonnes mœurs qu'au repos et à la tranquillité de nos sujets. »

958. Notre législation moderne n'a pas été moins préoccupée du vagabondage. Tantôt elle établit une surveillance active qui doit s'attacher en tous lieux aux pas des vagabonds [1], tantôt elle revient à la peine de la transportation autrefois édictée contre eux [2]; puis elle délègue au préfet de police et aux commissaires généraux le pouvoir de les envoyer en prison [3]; enfin, reprenant la disposition de l'article 12 de l'ordonnance de 1670, qui attribuait aux seuls prévôts des maréchaux le droit de les juger, elle ouvre pour eux des tribunaux spéciaux dès qu'ils ont commis un crime [4].

Mais, au milieu de cet appareil de peines et de juridictions spéciales, une sorte d'incertitude semble se manifester dans l'esprit du législateur. Il punit le vagabondage, mais il semble ressentir le besoin de justifier son droit de le punir. Les anciens édits peignent à grands traits les désordres qu'il cause, et déclarent, par une sorte de formule, que les vagabonds seront punis *encore qu'ils ne fussent prévenus d'aucun autre crime ou délit*. L'article 269 de notre code a cru nécessaire de proclamer également que le vagabondage était un délit ; et toutefois la peine cesse aussitôt, lorsque, aux termes de l'article 273, un conseil municipal réclame le vagabond condamné, ou même lorsqu'un simple citoyen s'offre de lui servir de caution.

959. C'est que le vagabondage est moins un fait criminel en lui-même, qu'un genre de vie que la loi a voulu réprimer en raison de ses périls. Ce qu'elle a voulu atteindre, c'est une certaine position, des penchants vicieux, des habitudes dangereuses de l'agent. Par cela

[1] Lois 26 juillet-3 août 1791, art. 2; 16 janvier-16 février 1791, t. 8, art. 1; 28 germ. an VI; ord. 29 fév. 1820.

[2] Loi 24 vend. an II, t. 4, art. 3 et 4.

[3] L. 12 mess. an VIII, art. 5, et 3 brum. an IX, art. 4.

[4] L. 18 pluv. an IX, art. 6 et 7, et 18 prair. an XII.

seul que le vagabond est sans profession et dénué de ressources, la société s'inquiète à juste titre ; elle prévoit qu'il sera conduit par ses besoins et son oisiveté à se réunir aux malfaiteurs, à commettre des délits ou des crimes. Le vagabondage, à ses yeux, est donc un acte préparatoire plutôt encore qu'un délit accompli ; de là, la nécessité de déclarer que la loi considère ce fait, quelle que soit sa nature, et même isolé de toute circonstance concomitante, comme un véritable délit. Toutefois, il ne faut pas exagérer le caractère préventif de cette répression. Sans doute le vagabondage est en partie puni à raison des actes auxquels il peut entraîner l'agent, mais ce serait une erreur que de n'y voir qu'un acte préparatoire. La société a créé à l'homme des obligations et des devoirs : l'un de ces devoirs est de ne pas devenir une charge pour le corps social; or, s'il l'enfreint en se livrant à une vie fainéante et oisive, si, privé de ressources, il méconnaît la loi du travail, il n'y a pas seulement en lui une disposition dangereuse, il y a une sorte d'immoralité.

Les lois étrangères ne semblent point avoir aperçu ce double caractère du vagabondage ; les unes n'en font aucune mention, les autres ne le punissent que dans les étrangers ; d'autres enfin, en le frappant de peines très-légères, témoignent suffisamment qu'elles ne le considèrent que comme un acte préparatoire qu'il appartient à la police plus qu'à la loi pénale de réprimer. Le code du Brésil et les lois pénales de Malte rentrent dans cette dernière catégorie. L'article 295 du code du Brésil ne prononce qu'une détention de 8 à 24 jours contre « tout individu qui ne prend pas une occupation honnête et utile de laquelle il puisse subsister, après en avoir été averti par le juge de paix, lorsqu'il n'a pas de revenu suffisant. » L'article 246 des lois de Malte va plus loin encore, et ne prononce d'autre peine que l'obligation de donner caution de bonne conduite. *Ogni vagabundò sarà correzionalmente condannato alla mallaveria.*

960. Le vagabondage est incriminé par le code pénal sous deux rapports distincts : comme délit *sui generis*, existant par lui-même et isolé de tout autre délit, et comme circonstance aggravante d'un

délit ou d'un crime. Dans l'un et l'autre cas, il revêt le même caractère, il se compose des mêmes éléments. Ces éléments sont renfermés dans sa définition.

961. L'article 270 définit le vagabondage en ces termes : « Les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier ni profession. »

Cette définition, qui reproduit avec clarté les caractères du délit, n'est point nouvelle. Les anciens jurisconsultes l'avaient donnée, mais moins complète, en ces mots : *Vagabundus proprié dicitur qui per mundum vagatur nec certum habet domicilium in quo habitet*[1]. La déclaration du 5 février 1731 définissait les vagabonds : « ceux qui, n'ayant ni profession, ni métier, ni domicile certain, ni bien pour subsister, ne peuvent être avoués ni faire certifier de leurs bonnes vie et mœurs par personnes dignes de foi. » La loi anglaise, en adoptant ces caractères, veut en outre que les vagabonds ne puissent fournir de bons renseignements sur leur conduite : *and not giving a good account of themselves*[2]. Les lois pénales des Deux-Siciles et de l'île de Malte n'exigent, au contraire, que deux des caractères imposés par la définition, le défaut d'exercice d'une profession et de moyens de subsistance : elles n'ajoutent pas la condition du défaut de domicile certain[3]. Il suffisait également, sous l'empire de la loi du 19-22 juillet 1791, de n'avoir ni moyens de subsistance, ni métier, ni répondants, pour être inscrit sur la note des gens sans aveu. La loi du 10 vendémiaire an IV effaçait même une partie de ces conditions : « Tout individu voyageant et trouvé hors de son canton saus passe-port était réputé vagabond et

[1] Farinacius, quæst. 7, n° 15. Julius Clarus, quæst. 39, n° 7. Glose, in l. 4, § 5, de damno infecto.

[2] Stephen's Summary of the criminal law.

[3] Ogni ozioso che non possedesse boni de sorti alcuna, ne exercitasse abitualmente offizio, arte o mestiere, ne avesse altri mezzi legitimi di sussistenza, encorchè avesse domicilio certo, sarà considerato come vagabundo.

sans aveu, s'il ne justifiait pas, dans les 20 jours de son arrestation, de son inscription sur le tableau d'une commune. » (Art. 6 et 7 du titre 3 de cette loi.)

Trois circonstances distinctes caractérisent donc, dans notre code, le délit de vagabondage : il est nécessaire, aux termes de l'art. 270, que le prévenu n'ait point de domicile certain; qu'il soit privé de moyens de subsistance; enfin, qu'il n'exerce habituellement ni métier ni profession. Ces trois conditions exigent quelques explications.

962. Le défaut d'un domicile certain est le premier élément du délit. Il ne faut pas confondre le domicile d'habitation; il suffit, pour l'existence du vagabondage, que le prévenu soit privé de ce dernier domicile. Telle était la décision des anciens jurisconsultes. Julius Clarus définit le vagabond : *ille qui non certum habet domicilium in quo habitet;* et il ajoute aussitôt : *dixi in quo habitet, nam in hoc proposito non consideratur an habeat certum domicilium, habitationes vel ne, quia (eo non attento) dummodò non habeat certum domicilium habitationis, potest ubicumquè conveneri et puniri* [1]. La glose contient la même explication : *qui habitationem non habet dicitur vagabundus* [2]. Cette décision est parfaitement conforme à la nature du délit. C'est le défaut d'habitation qui forme la principale condition du vagabondage; c'est là la raison de son existence aventurière et de la facilité avec laquelle il dérobe ses actions aux regards. Qu'importe qu'il ait conservé son domicile d'origine? ce domicile ne modifie ni sa position actuelle, ni son genre de vie, ni les dangers qui en résultent. Mais si le domicile d'origine ne fait pas obstacle à l'existence du délit, il ne faut pas confondre l'habitation que le prévenu a pu conserver à ce domicile avec le domicile lui-même. Cette habitation, si elle est certaine, si le prévenu ne l'a pas abandonnée, s'il n'a fait que s'en éloigner momentanément, serait un obstacle invincible à ce qu'il fût considéré comme vagabond; car la loi exige, comme un élément essentiel du délit, que l'agent

[1] Quæst. 39, § 7.

[2] In l. 4, § 5, Dig. de damno infecto.

n'ait pas de domicile certain, c'est-à-dire d'habitation actuelle : or, par cela seul qu'il est éloigné de son habitation, il ne s'ensuit pas qu'il n'en ait pas. C'est d'après cette distinction qu'il a été jugé que le fait d'un individu de n'avoir reparu qu'à de longs intervalles à son domicile, n'entraînait pas l'abdication de ce domicile, et par conséquent l'état de vagabondage [1]. C'est ainsi que, dans une autre espèce, il a été reconnu qu'un individu qui est inscrit sur les contrôles de la garde nationale de sa commune ne peut jamais être considéré comme vagabond [2].

La loi n'exige pas non plus que l'habitation du prévenu soit fixe, il suffit qu'il en ait une : ainsi la cour de cassation a pu décider qu'un particulier qui, sans quitter une commune, loge tantôt dans une maison, tantôt dans une autre, ne se trouve point en état de vagabondage [3]; car son habitation, pour être changeante, n'en es pas moins certaine. La commune où il réside et qu'il ne quitte pas est le véritable lieu de cette habitation. Ces changements de logement n'ont point pour effet de le soustraire aux regards et à l'action de l'autorité. Il ne cesse pas d'avoir un domicile certain; et c'est dans ce sens que cette expression, employée par la loi, doit surtout être entendue.

[[Mais on ne peut considérer comme un domicile certain la résidence qui a été fixée par l'administration à un condamné libéré soumis à la surveillance; car aucun lien ne l'attache à cette résidence qui lui a été imposée, et, dès qu'il l'a quittée, il ne peut la réclamer pour faire disparaître le délit. La cour de cassation a jugé par un arrêt : « que la résidence assignée aux individus placés sous la surveillance de la haute police ne constitue le domicile certain exigé par l'art. 270 qu'autant que la résidence devient de fait l'habitation de celui qui subit cette surveillance; qu'en effet c'est le défaut d'habitation qui forme le principal caractère de l'état de vagabondage, c'est la raison

[1] Arr. Bourges, 3 fév. 1831.
[2] Cass. 15 oct. 1813, Bull. n° 212.
[3] Cass. 26 pluv. an X.

de son existence aventureuse et de la facilité avec laquelle il dérobe ses actions aux regards [1] ; » et par un autre arrêt : « que le condamné qui a abandonné la résidence qui lui avait été assignée par le gouvernement ne peut invoquer cette résidence comme constituant à son égard un domicile certain ; que ce domicile de fait cesse nécessairement par l'abandon [2]. »]]

963. La loi du 10 vendémiaire an IV renferme deux dispositions dont nous avons déjà parlé. Elles prescrivent que tout individu voyageant et trouvé hors de son canton sans passe-port doit être mis en état d'arrestation et réputé vagabond, s'il ne justifie pas, dans les vingt jours de son arrestation, qu'il est inscrit sur le tableau d'une commune. Il serait sans objet pour nous de rechercher si ces dispositions de police, qui toutefois sont encore appliquées, ont conservé toute leur force légale ; il suffit de remarquer qu'elles ne contredisent nullement les règles qui viennent d'être posées. Tout ce qu'on peut en effet en inférer, c'est que le voyageur non muni d'un passe-port, et qui n'a pas justifié de son domicile dans les vingt jours de son arrestation, se trouve *en état de prévention* de vagabondage. Cela résulte formellement de ces termes de la loi : *il sera réputé vagabond et traduit comme tel devant les tribunaux compétents.* Les tribunaux conservent donc la mission de le juger, c'est-à-dire, d'examiner si les circonstances énumérées par la loi pénale pour constituer le délit coexistent dans l'espèce. Si la loi du 10 vendémiaire an IV peut à juste titre être attaquée, c'est parce que l'individu trouvé sans passe-port n'est mis en état de prévention qu'après l'expiration des vingt jours qui lui sont accordés pour justifier de son domicile ; c'est parce que, pendant ce délai, son arrestation n'est fondée sur aucun titre légal, puisqu'il n'est encore prévenu d'aucun délit, ou du moins que cette prévention est soumise à une condition suspensive. Mais cette mesure de police, établie en dehors des règles de la loi pénale, ne crée aucune exception à ces règles : le prévenu

[1] Cass. 19 déc. 1849, Bull. n° 362.
[2] Cass. 7 sept. 1855, Bull. n° 317.

n'est point réputé vagabond de plein droit, il se trouve seulement, à défaut d'une justification qui lui est imposée, prévenu de vagabondage ; et c'est d'après les règles générales du code que cette prévention doit être jugée.

964. Le deuxième élément du délit est le manque de moyens de subsistance. L'agent, en effet, qui possède des ressources personnelles n'excite plus la même défiance, alors même qu'il n'aurait, d'ailleurs, ni domicile, ni profession habituelle. La vie qu'il mène n'est plus qu'un mode plus ou moins bizarre d'une existence assurée en elle-même ; elle cesse d'être dangereuse, puisqu'elle ne suppose plus, pour la soutenir, la nécessité d'un délit ou d'un crime. Cette observation toutefois semble, au premier abord, soulever quelque contradiction entre l'article 270 qui oblige le prévenu à justifier de ses moyens d'existence, et l'article 278 qui le répute coupable dès qu'il est trouvé porteur d'une valeur supérieure à cent francs. Ces deux dispositions peuvent aisément se concilier. L'agent qui se livre à l'oisiveté et qui erre de ville en ville, sans pouvoir justifier d'aucune ressource, doit assurément exciter les alarmes du pouvoir social ; mais ces alarmes doivent-elles entièrement disparaître par cela seul qu'il exhibe une somme dont il est porteur? D'où lui vient la possession de cette somme? La justice a le droit de remonter à sa source ; car il ne suffit pas qu'il justifie de ses moyens d'existence, il faut qu'il prouve la légitimité de ces moyens ; et le seul but de l'article 278 a été de mettre cette preuve à sa charge. S'il établit la légitimité de sa propriété, nul doute que la prévention même du vagabondage doit disparaître, puisque l'absence de moyens de subsistance est l'un des éléments du délit.

965. Le dernier de ces éléments est le défaut d'exercice d'un métier ou d'une profession. La loi ne se borne pas à exiger que l'agent ait ce métier ou cette profession, elle veut qu'il l'exerce habituellement. Il est évident, en effet, que celui qui, par sa paresse ou ses vices, a cessé de se livrer au métier qu'il exerçait, doit inspirer les mêmes craintes que s'il n'en avait jamais exercé. Le seul fait qui puisse rassurer la société contre les menaces d'une vie vagabonde et dénuée

de ressources, c'est l'exercice habituel d'un métier quelconque ; car ce métier devient, dès qu'il est exercé, un moyen de subsistance. Tout métier, quel qu'il soit, dès qu'il fournit à l'agent des moyens suffisants, doit détruire immédiatement la prévention ; car la loi n'appelle le juge qu'à constater l'existence du métier ; elle ne le charge point d'apprécier sa nature ni même sa moralité. Il est ensuite certaines professions dont l'exercice suppose une vie sans cesse errante : tels sont les colporteurs et les commis-voyageurs. Ces agents peuvent réunir parfois quelques-uns des caractères du vagabondage ; mais leur métier, dès qu'ils le constatent, doit les placer à l'abri de toute poursuite. Ajoutons cependant qu'il est nécessaire que cette profession soit sérieusement exercée ; car des manœuvres criminelles pourraient chercher à se dérober sous leur voile. Cette appréciation rentre dans le domaine du fait.

966. Aux termes de l'article 270, la réunion des trois circonstances qui viennent d'être expliquées est nécessaire pour l'existence du délit. Ainsi il suffirait qu'une seule de ces conditions ne fût pas constatée, et, par exemple, que le prévenu, quoique sans ressources et sans profession, eût une habitation habituelle, ou que, dénué d'habitation et de métier, il eût quelques moyens de subsistance, pour que le délit dût cesser d'exister. C'est d'après cette règle que la cour de cassation a décidé que la prévention de vagabondage ne peut être établie que sur les faits définis par la loi, et que la vie errante et les voyages d'un citoyen ne suffisent pas pour la fonder [1].

Cependant une observation importante ne doit pas être omise : en parcourant les circonstances énumérées par l'article 270, nous ne nous sommes arrêtés qu'à leur existence matérielle. Suffit-il donc que ces considérations soient constatées ? Le vagabondage se constitue-t-il par la seule matérialité des faits, abstraction faite de leur moralité ? La réponse est dans l'article 269 qui contient ces seuls mots : « Le vagabondage est un délit. » En lui donnant cette qualification plutôt que celle d'une simple infraction de police, la loi a nécessaire-

[1] Cass. 18 prair. an IX, Bull. n° 212.

ment supposé qu'il prenait sa source dans la volonté même de l'agent. En général, les circonstances matérielles exigées par l'article 270 supposent cette volonté et la font présumer ; mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire. Le prévenu doit donc être admis à proposer l'excuse tirée de la nécessité et de la force majeure. Ainsi celui qu'un incendie, un naufrage, une invasion de l'ennemi auraient subitement jeté dans la foule, sans domicile, sans moyen de subsistance, sans profession actuelle, celui-là, alors même que toutes les conditions matérielles du délit se réuniraient dans sa personne, ne serait pas un vagabond dans le sens de la loi ; car elle ne frappe ce genre de vie que parce qu'elle suppose qu'il a été volontairement adopté ; elle n'attaque des habitudes dangereuses que parce qu'elles laissent percer la dépravation. Mais lorsque le fait vient protester contre cette présomption, lorsque l'immoralité s'efface, lorsqu'il ne reste plus qu'un fait matériel indépendant de la volonté de l'agent, l'infraction à la loi de police subsisterait peut-être encore, mais le délit moral, le délit que la loi a prévu et puni, a cessé d'exister.

967. Le vagabondage, isolé des circonstances accessoires qui peuvent en modifier la gravité ou la nature, a été l'objet d'une pénalité particulière. L'article 271, qui a subi, lors de la révision du code pénal, d'assez graves changements, renferme trois dispositions distinctes : la peine propre du délit, l'emprisonnement ; les mesures préventives dont les vagabonds sont l'objet, la surveillance ; enfin, les mesures répressives qui sont applicables aux vagabonds de moins de seize ans.

La peine principale n'a pas varié ; la première partie de l'article 271 est restée conçue en ces termes : « Les vagabonds ou gens sans aveu qui auront été légalement déclarés tels, seront, pour ce seul fait, punis de trois à six mois d'emprisonnement. » Cette peine était nécessaire, abstraction faite des mesures dont le vagabond peut ensuite être l'objet, parce qu'elle sanctionne l'incrimination de la loi, parce qu'elle punit le délit moral. Nous remarquerons, en passant, que par ces mots : *qui auront été légalement déclarés tels*, il faut entendre la condamnation émanée de la juridiction compétente, et

constatant les circonstances caractéristiques du vagabondage. L'autorité administrative peut faire procéder à l'arrestation des individus en état de vagabondage ; mais ils ne peuvent être détenus, hors le cas de la prévention, qu'en vertu d'une condamnation émanée des tribunaux.

L'intention du législateur de 1810 avait été de faire suivre l'emprisonnement de mesures plus appropriées au caractère spécial du délit. L'exposé des motifs était ainsi conçu : « Le projet de loi définit le vagabondage ; il l'érige en délit et lui inflige une peine correctionnelle : toutefois il ne s'arrête point là. Que serait-ce, en effet, qu'un emprisonnement de quelques mois, si le vagabond était ensuite purement et simplement replacé dans la société à laquelle il n'offrirait aucune garantie ? Celui qui n'a ni domicile, ni moyens de subsistance, ni profession, ni métier, n'est point, en effet, membre de la cité ; elle peut le rejeter et le laisser à la disposition du gouvernement, qui pourra, dans sa prudence, ou l'admettre à caution si un citoyen honnête et solvable veut bien en répondre, ou le placer dans une maison de travail, jusqu'à ce qu'il ait appris à subvenir à ses besoins, ou enfin le détenir comme un être nuisible et dangereux, s'il n'y a nul amendement à en espérer. » La même pensée s'était déjà manifestée dans les discussions du conseil d'État. M. de Cessac avait demandé par quel motif les vagabonds seraient conduits dans une prison où ils conserveraient leurs habitudes d'oisiveté, plutôt que dans une maison où ils seraient obligés de travailler ; et M. Regnault avait répondu qu'on avait le projet d'organiser des travaux dans les lieux où ils seraient détenus [1].

968. Ainsi l'intention du législateur était de soumettre les vagabonds à des travaux, soit pendant le cours, soit après l'expiration de leur peine. Telle était la pensée qui avait dicté la deuxième disposition, aujourd'hui abrogée, de l'article 271, portant : « que les vagabonds *demeureraient, après avoir subi leur peine, à la disposition du gouvernement pendant le temps qu'il déterminerait, eu*

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 19 août 1809.

égard à leur conduite. » Si la puissance que cette disposition attribuait à l'administration était vicieuse, c'était surtout parce qu'elle était indéfinie et vague. La pensée qui respirait au fond était essentiellement morale : la loi, après avoir puni l'agent, se prenait à sa position sociale ; elle s'imposait la tâche de la modifier, de réformer les mœurs qui l'avaient produite, et de fournir à l'agent, en lui imprimant de laborieuses habitudes, des moyens d'existence et un métier.

Cette intention prévoyante et sage a échappé au législateur de 1832 ; il n'a été frappé que du pouvoir arbitraire que la loi pénale avait laissé à l'administration, et de quelques abus qui en avaient été la suite. Au lieu de restreindre son droit, il l'a supprimé. « Nous n'avons pas conservé, disait la commission de la chambre des pairs, la mise à la disposition du gouvernement, peine indéfinie et arbitraire, qui ne peut plus aujourd'hui être maintenue dans le code. Vainement on en chercherait dans nos lois la définition, et le terme de ce servage n'est fixé nulle part. Nous avons remplacé une peine si exorbitante par le renvoi sous la surveillance de la haute police [1]. » Le deuxième paragraphe de l'article 271 a, en conséquence, été remplacé par celui-ci : « Ils seront (les vagabonds) renvoyés, après avoir subi leur peine, sous la surveillance de la haute police pendant cinq ans au moins, et dix ans au plus. »

Mais quel rapport avait la surveillance, réduite au droit d'interdiction locale, avec le vagabondage ? Il importe peu d'interdire au vagabond l'accès de quelques localités, de quelques villes ; ce qu'il importe, c'est de refréner de funestes habitudes, c'est de lui assurer des moyens d'existence, de lui faire prendre une place utile dans la société : la loi le punit parce qu'il n'a ni profession ni moyens de subsistance, elle doit donc lui fournir ces moyens et ce métier. Après leur peine subie, ce n'est pas sous une surveillance inutilement flétrissante qu'ils doivent être placés, mais bien dans une maison de travail où ils demeureraient jusqu'à ce qu'ils eussent appris à gagner leur

[1] Code pénal progressif, p. 207.

vie. Telle était l'idée qui faisait l'objet de l'amendement présenté par M. Charles Comte, et qui modifiait l'ancien article 271 en ce point seulement, que le temps pendant lequel le vagabond restait à la disposition du gouvernement devait être déterminé, par le jugement ou l'arrêt de condamnation, dans les limites de six mois à cinq ans. Le projet du code pénal belge a recueilli cet amendement, rejeté par notre chambre des députés; l'article 271 de ce projet porte: « Ils seront renfermés, après avoir subi leur peine, dans une maison de travail ou dépôt de mendicité, pendant le temps qui sera fixé par le jugement ou l'arrêt de condamnation, et qui ne pourra excéder cinq ans. »

[[Cette idée a été réalisée, en ce qui concerne nos colonies, par un décret du 27 avril 1848, ainsi conçu: « Dans les colonies où l'esclavage est aboli, la mendicité et le vagabondage seront punis correctionnellement ainsi qu'il suit: tous mendiants, gens sans aveu ou vagabonds seront mis à la disposition du gouvernement pour un temps déterminé dans les limites de trois à six mois, selon la gravité des cas. Ils seront, durant ce temps, employés au profit de l'État à des travaux publics dans des ateliers de discipline dont l'organisation et le régime seront réglés par un arrêté du ministre. Les condamnés pourront être renfermés dans ces ateliers ou conduits au dehors pour l'exécution des travaux sous la garde des agents de la force publique. »]]

969. Une question grave et récemment agitée par la jurisprudence se présente actuellement: les tribunaux correctionnels peuvent-ils dispenser les condamnés pour vagabondage de la surveillance, en vertu de l'article 463? Cette question a déjà été discutée par nous, mais seulement à l'égard des condamnés en récidive et de l'application de l'article 58 du code pénal [1]. Nous avons les premiers soutenu que les juges avaient le pouvoir, en cas de circonstances atténuantes, d'effacer la peine de la surveillance formulée par cet article; et les chambres réunies de la cour de cassation, après que

[1] *Voy.* notre t. Ier, n° 149.

la chambre criminelle l'eut repoussée par vingt arrêts, ont enfin solennellement consacré cette opinion [1]. Mais cette jurisprudence s'était arrêtée à l'article 58 et aux condamnés en récidive; et la chambre criminelle de la cour de cassation a longtemps dénié le droit de remettre la surveillance, en ce qui concerne les condamnés pour vagabondage [2]. Il est cependant assez difficile de saisir les différences qui peuvent séparer ces deux hypothèses.

Posons d'abord comme une règle qui n'est plus aujourd'hui contestée, au moins en ce qui concerne les condamnés en récidive, que les tribunaux correctionnels, investis par l'article 463 non-seulement du droit de modifier la peine de l'emprisonnement, mais de la retrancher, peuvent, à plus forte raison, se dispenser de prononcer la peine de la surveillance : ce sont les termes de l'arrêt du 2 janvier 1836. Dès lors, il faut écarter de la discussion tous les arguments qui se puisaient dans les termes restrictifs de l'article 463; le terrain a changé : il est reconnu que le pouvoir d'atténuation, en cas de circonstances atténuantes, s'étend même à la surveillance; il ne s'agit plus que de savoir si la loi par son texte, ou le délit de vagabondage par sa nature, repoussent formellement cette application. C'est, en effet, sur ce double argument que la cour de cassation s'appuie pour persister dans sa jurisprudence. « L'article 274, suivant cette cour, étant conçu en termes généraux et impératifs, ne permet pas aux cours et tribunaux d'affranchir de la surveillance les individus qu'ils déclarent convaincus du délit de vagabondage; cet article ne contient de dispositions facultatives que pour la fixation de la durée de l'emprisonnement [3]. »

A cette argumentation nous ne ferons qu'une réponse : c'est que l'article 58 est conçu dans des termes identiquement les mêmes que l'article 271; les expressions sont également impératives, également

[1] Cass. 2 janv. 1836, Journ. du dr. crim. 1836, p. 11.

[2] Cass. 18 juill. 1833, 26 sept. 1834, 25 juin 1835, 5 nov. 1835, 11 juin 1837. Journ. du dr. crim. 1833, p. 287; 1834, p. 273; 1835, p. 307; 1836, p. 49.

[3] Cass. 26 sept. 1834, Journ. du dr. crim. 1834, p. 273.

générales, et toutefois elles n'ont point fait obstacle à ce que la surveillance pût être radiée dans le cas de cet article 58. Cette forme, en effet, est commune à toutes les dispositions du code, parce qu'elles statuent pour des cas généraux ; mais l'article 463 domine toutes ces dispositions, alors même qu'elles ne l'ont point réservé ; pour l'exclure, il faudrait un texte précis : ce texte, faut-il le chercher dans ces autres termes de l'article 271, qui soumet les condamnés à la surveillance, *après avoir subi leur peine?* Mais ces mots, empruntés de l'article 47, ne font qu'indiquer la nature même de la surveillance, qui ne peut saisir le condamné qu'à l'expiration de sa peine corporelle ; on ne peut donc en induire aucune conséquence spéciale.

Le deuxième motif est puisé dans la nature même du délit de vagabondage : l'arrêt du 11 août 1837 se fonde sur ce que : « il résulte de l'exposé des motifs qui ont dicté cette disposition, que le législateur n'a pas voulu qu'après avoir subi l'emprisonnement dont il se rend punissable, l'individu légalement déclaré vagabond pût être replacé purement et simplement dans la société ; qu'en obligeant impérativement les tribunaux à le mettre, dans tous les cas et sans distinction, sous la surveillance de la haute police, la loi le considère, par le seul fait de sa condamnation, comme s'il n'était point membre de la cité, et ne voit en lui qu'un être essentiellement dangereux ou nuisible pour elle ; que cette peine doit donc toujours lui être appliquée à ce titre, de quelques circonstances atténuantes que le fait de la condamnation principale se trouve environné, par la triple raison qu'elle est, de sa nature, préventive, spéciale et d'ordre public. »

On doit remarquer que les considérants de cet arrêt sont puisés dans l'exposé des motifs de l'orateur du gouvernement. Mais, d'abord, ces motifs sont inexactement reproduits ; ensuite, leur objet était de justifier la mise à la disposition du gouvernement que la loi du 28 avril 1832 a supprimée. C'est pour motiver cette mesure extraordinaire que le législateur sentait le besoin de déclarer que le vagabond n'était pas membre de la cité, et que le gouvernement devait avoir le

droit de le détenir comme un être nuisible et dangereux, s'il ne laissait espérer nul amendement. Mais ces motifs ne peuvent plus être invoqués aujourd'hui; car, si le vagabond devait encore en effet être considéré comme rejeté de la cité, si la loi ne voyait en lui, comme le prétend l'arrêt, qu'un être essentiellement nuisible et dangereux, ce n'est pas une surveillance temporaire qu'elle prononcerait, mais bien une peine perpétuelle, comme l'avait fait l'ancien article 271. La loi nouvelle a pu se tromper sur la nature des mesures qu'elle a prononcées, mais elle a voulu ramener ces mesures aux proportions du délit; elle a vu dans le vagabond un être dangereux, mais non pas essentiellement nuisible : la peine temporaire, qu'elle a fait succéder à une peine perpétuelle, suppose nécessairement une modification dans son principe. Dès lors l'application de cette peine cesse d'être indispensable, puisque la perversité de l'agent n'est plus admise comme un fait invariable. C'est aux juges à apprécier sa moralité, et à graduer les mesures dont il peut être l'objet, à raison du péril dont il menace la société. Cette règle générale ne trouve aucune limite dans cette matière spéciale.

L'arrêt ajoute, à la vérité, que la surveillance doit être invariablement maintenue, par le triple motif qu'elle est *préventive*, *spéciale* et *d'ordre public*. Mais, en premier lieu, pourquoi cette triple raison ne se rapporterait-elle qu'au vagabondage? La surveillance de la haute police change-t-elle de nature quand elle s'applique à ce délit? Cesse-t-elle d'être préventive ou d'ordre public, quand elle est infligée aux voleurs de profession par l'article 401, ou aux condamnés en récidive par l'article 58? Dans ces diverses hypothèses, la société n'a-t-elle pas le même intérêt à suivre les pas de l'agent, à surveiller ses actes; et cet intérêt ne devient-il pas même plus pressant quand il s'est déjà rendu coupable d'un délit? Évidemment l'arrêt a confondu encore la mise à la disposition du gouvernement et la surveillance; il attribue à cette dernière peine les caractères qui n'appartenaient qu'à l'autre; et ce qui atteste surtout cette confusion, c'est cette *spécialité* de la surveillance relativement au vagabondage Sans doute la mise à la disposition du gouvernement était une mesure spéciale pour les vagabonds; mais la surveillance qui l'a remplacée est une

mesure commune et générale pour tous les condamnés. Il n'y a plus lieu de voir un lien intime et nécessaire entre la peine et le délit; car sur quelle raison se fonderait ce lien? Le vagabondage doit être réformé par le travail ; ce qu'il lui faut, c'est une tutelle qui étende sa prévoyance sur toute la vie de l'agent. Sera-ce là l'œuvre de la surveillance qui abandonne le condamné à lui-même, qui lui livre les grandes routes, qui lui aplanit les difficultés de sa vie vagabonde, qui se borne enfin à lui interdire l'accès de quelques villes, comme si ce n'était que dans ces villes qu'il peut continuer le même genre d'existence? La raison, pas plus que la loi, n'admet donc une corrélation intime entre la peine et le délit; ce n'est point une peine spéciale, puisqu'elle n'exerce aucune action particulière sur l'agent; et dès lors rien ne s'oppose à ce que cette peine soit effacée par les juges.

Ces observations suffisent pour établir que la question relative à la remise de la surveillance, en vertu de l'article 463, est identique dans le cas de l'article 271. Les mêmes raisons militent, dans l'une et l'autre hypothèse, pour la même solution. Dans ce dernier article comme dans le premier, la règle qui veut que la peine soit graduée sur la moralité réelle du prévenu s'oppose à ce qu'une pénalité reste inébranlable et fixe, quelles que soient les circonstances favorables qui environnent l'agent. Dans l'un et l'autre cas, il serait également contradictoire que la peine principale pût descendre au taux des peines de simple police, et que la peine accessoire seule restât inébranlable et sans degrés. La jurisprudence de la cour de cassation se combat donc ici par cette jurisprudence elle-même : après avoir admis le principe, elle se contredit en ne l'appliquant pas aux cas prévus par l'article 271 [1].

970. [[Notre opinion a enfin triomphé, et la chambre criminelle a admis conformément à un arrêt des chambres réunies rendu en matière de mendicité [2], « que l'article 463, qui établit pour les tribunaux la faculté de déclarer des circonstances atténuantes et qui dé-

[1] *Voy.* dans le sens de la jurisprudence antérieure, cass. 6 janv. 1838, Bull. n° 7.

[2] Cass. ch. réun. 24 nov. 1838, Bull. n° 368.

termine les conséquences de cette déclaration, est général dans ses dispositions et s'applique à tous les crimes et délits prévus par le code pénal et à toutes les peines qu'il prononce ; que la mise en surveillance est une peine, et se trouve qualifiée telle par l'article 11 ; d'où il suit qu'en cas de circonstances atténuantes, les tribunaux ont la faculté vis-à-vis des individus convaincus de vagabondage, comme de ceux convaincus de tous autres délits, de réduire la mise en surveillance au-dessous du minimum, et même d'en dispenser complétement le condamné, et d'abaisser la condamnation à des peines de simple police, d'après la teneur de l'article 463 ; qu'aucune disposition légale n'excepte de l'application de cet article les condamnations prononcées contre les vagabonds, en vertu de l'article 271 [1]. »]]

971. Les vagabonds âgés de moins de seize ans font l'objet du 3e paragraphe de l'article 271 ; ce paragraphe, ajouté par la loi du 28 avril 1832, est ainsi conçu : « Néanmoins les vagabonds âgés de moins de seize ans ne pourront être condamnés à la peine d'emprisonnement ; mais, sur la preuve des faits de vagabondage, ils seront renvoyés sous la surveillance de la haute police jusqu'à l'âge de vingt ans accomplis, à moins qu'avant cet âge ils n'aient contracté un engagement régulier dans les armées de terre ou de mer. »

Cette disposition fut adoptée sur la proposition de M. Charles Comte. Ce député avait formulé son amendement en ces termes : « Le prévenu de vagabondage qui sera âgé de moins de seize ans, ou qui prouvera qu'il n'a pu exercer aucun métier ni profession, ni être admis dans une maison de travail, ne sera pas condamné à la peine d'emprisonnement ; mais, sur la preuve des faits de vagabondage, il sera mis à la disposition du gouvernement pour un temps qui ne pourra être ni de moins de six mois ni de plus de cinq ans Le gouvernement exercera sur les mineurs à sa disposition, en vertu de cet article, l'autorité attachée à la puissance paternelle, jusqu'à l'expiration du temps pour lequel ils auront été mis à sa disposition. » La commission de la chambre des députés, saisie de l'examen de cet amendement, exprima son opinion en ces termes :

[1] Cass. 26 avr. 1839, Bull. n° 141 ; 13 sept. 1851, Bull. n° 388.

« La commission a reconnu que, l'emprisonnement étant une peine, on ne pouvait l'infliger à un enfant que son âge peut faire considérer comme exempt de toute culpabilité ; elle a pensé qu'on avait seulement le droit de le surveiller et de le retenir comme vagabond. En conséquence, la commission propose d'exempter de l'emprisonnement le prévenu de vagabondage âgé de moins de seize ans, et de le mettre seulement à la disposition du gouvernement jusqu'à l'âge de vingt ans. La disposition suivante tendrait à donner au gouvernement, sur les mineurs mis à sa disposition, l'autorité attachée à la puissance paternelle, jusqu'à l'expiration du temps pour lequel ils auront été mis à sa disposition. Cet amendement nous a paru violer les droits de la famille, et transporter au gouvernement des droits qui ne lui appartiennent pas [1]. » La chambre des députés n'adopta en conséquence que la disposition qui exemptait de l'emprisonnement les jeunes gens âgés de moins de seize ans. La chambre des pairs modifia ensuite cette disposition en substituant à la puissance paternelle la mesure de la surveillance.

[[Il ne faut pas perdre de vue toutefois, ainsi que l'a reconnu un arrêt, « que le deuxième paragraphe de l'article 271 n'a point eu pour but d'empêcher les tribunaux d'examiner la question de discernement et de refuser aux enfants qui ont agi sans discernement le bénéfice de la protection paternelle ou du renvoi dans une maison de correction pour y apprendre un état ; que le premier alinéa de l'article 271 ne s'applique qu'aux vagabonds déclarés tels ; que la surveillance de la haute police est une peine qui ne peut être appliquée qu'aux mineurs de moins de seize ans qui ont agi avec discernement [2]. » Il suit de là qu'il ne suffit pas de constater que les vagabonds ont moins de seize ans, pour justifier l'application du deuxième paragraphe de l'article 271; il y a lieu d'examiner s'ils ont agi avec ou sans discernement, puisque, s'ils n'ont pas agi avec discernement, ils doivent être acquittés [3].]]

[1] Code pénal progressif, p. 267.
[2] Cass. 12 août 1843, Bull. n° 205.
[3] Cass. 28 avr. 1852, Bull. n° 75.

972. On avait douté, sous l'empire du code pénal de 1810, que les enfants mineurs pussent se trouver en état de vagabondage. Les motifs de ces doutes étaient que le mineur a son domicile chez ses père et mère; qu'on ne peut lui adresser le reproche de ne pas exercer de profession, et qu'il n'est pas besoin qu'il justifie de ses moyens de subsistance, puisque l'obligation de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever est imposée à ses parents. C'est par ces raisons que la cour de Colmar a jugé que l'enfant mineur qui a ses père et mère ou un tuteur, ou qui est sous la tutelle des hospices, ne peut se trouver légalement en état de vagabondage [1]. Mais cette décision n'était pas fondée : elle confondait le domicile d'origine et le domicile d'habitation; elle supposait que les obligations imposées à la famille font disparaître l'immoralité et le danger du vagabondage. « Le vagabondage, a dit le procureur général près la cour de cassation, dans un réquisitoire adopté par cette cour, est dangereux à tout âge; il a surtout pour un enfant ce caractère particulier de façonner son âme à l'oisiveté, de lui inspirer le dégoût du travail, et de le mettre sur le penchant du vice. Si, trop jeune encore, il ne sent pas tout le mal qu'il se fait à lui-même, et celui dont il menace la société, la justice trouve dans nos codes des dispositions qui lui permettent d'atténuer la peine; mais la loi veut une punition [2]. » Au reste, la nouvelle disposition ajoutée à l'article 271 a fait disparaître la difficulté; il est évident, en effet, que les mineurs, même de seize ans, peuvent être déclarés en état de vagabondage, puisque la loi prescrit les mesures qui leur sont applicables après cette déclaration.

Le réquisitoire que nous venons de citer supposait également que l'article 271 avait implicitement dérogé aux articles 66 et 69, et que par conséquent les mineurs de seize ans en état de vagabondage ne pouvaient invoquer le bénéfice de leur âge. Cette jurisprudence fut critiquée par M. Carnot [3], et cette critique n'était pas sans fonde-

[1] Cass. 10 et 11 nov. 1831, Journ. du dr. crim. 1831, p. 358 et 359.

[2] Cass. 21 mars 1823, Sirey, 23. 1. 249.

[3] Comment. du cod. pénal, t. 1, p. 637, et Sirey, t. 23, p. 249.

ment; mais cette question s'est effacée devant le nouveau paragraphe de l'article 271. Il est visible maintenant que cette disposition déroge formellement aux articles 66 et 69; car elle s'applique comme ces articles à des prévenus de moins de seize ans, et elle prescrit pour eux, dans le cas particulier qu'elle prévoit, des mesures spéciales qui remplacent évidemment les dispositions générales portées par ces articles. Mais, ainsi qu'on l'a vu, la question de discernement ne doit pas moins être posée à l'égard des prévenus de vagabondage âgés de moins de seize ans, et ce n'est que dans le cas où ils ont agi avec discernement qu'ils peuvent encourir la surveillance de la haute police jusqu'à l'âge de vingt ans.

973. Les peines portées contre le vagabond peuvent trouver un terme dans deux mesures extraordinaires qui sont spéciales à ce délit: l'une est la réclamation du vagabond par le conseil municipal de sa commune; l'autre est le cautionnement offert par un citoyen solvable. L'article 273 est ainsi conçu: « Les vagabonds nés en France pourront, après un jugement même passé en force de chose jugée, être réclamés par délibération du conseil municipal de la commune où ils sont nés, ou cautionnés par un citoyen solvable. Si le gouvernement accueille la réclamation ou agrée la caution, les individus ainsi réclamés ou cautionnés seront, par ses ordres, renvoyés ou conduits dans la commune qui les aura réclamés, ou dans celle qui leur sera assignée pour résidence sur la demande de la caution. »

Cette disposition a été puisée dans l'article 3 du titre 3 de la loi du 24 vendémiaire an II, qui disposait que « tout citoyen qui consignera entre les mains du receveur du district une somme de cent livres, pour répondre de la conduite ultérieure d'un mendiant détenu sans causes aggravantes, pourra obtenir un élargissement, en s'adressant au tribunal compétent. » L'article 273 établit un véritable mode de libération de la peine, en accueillant la réclamation ou en agréant la caution. Le gouvernement, agissant en exécution de la loi, remet cette peine: le condamné abuse-t-il de la liberté qu'il recouvre, il ne pourrait être repris en vertu du même jugement; ce jugement est exécuté, il reste sans force à son égard.

Cela fut implicitement reconnu dans la discussion du code ; la commission du corps législatif présenta les observations suivantes : « Si un vagabond né en France est cautionné et sa caution admise, il paraît que cette caution ne saurait être étrangère aux mesures de précaution publique qui seront prises contre cet individu : personne n'a plus d'intérêt qu'elle de surveiller sa conduite. Mais, s'il est renvoyé dans un lieu éloigné de sa caution, elle ne pourra plus exercer de surveillance ; elle sera exposée à être compromise sans cesse : le cautionné pourra se livrer à des délits que la caution aurait eu la possibilité de prévenir, s'il avait été sous ses yeux ; elle aurait pu même le rendre meilleur par ses représentations, ou par le travail qu'elle lui aurait procuré. La commission estime donc qu'il y aurait lieu d'ajouter à la fin de l'article ces mots : *d'après la demande de la caution.* D'ailleurs, aux termes de l'article 44, si le cautionnement est fourni, le condamné rentre dans la classe des autres citoyens ; si ce cautionnement est agréé, il ne paraît pas que ce soit le cas de *la mise à la disposition du gouvernement*, et il suffit qu'il soit renvoyé dans sa commune, en cas de réclamation admise, ou dans celle qu'il a indiquée sur la demande de la caution. » Il résulte de ces observations, qui furent adoptées par le conseil d'État, que la réclamation du conseil municipal ou la caution fait cesser même la mise à la disposition du gouvernement, et que le condamné reprend tous ses droits de citoyen.

974. La forme de la réclamation de la commune n'offre aucune difficulté. Il n'en est pas ainsi du cautionnement. La loi n'a point expliqué quelle doit être la nature de ce cautionnement, comment il doit être donné, enfin quels doivent être ses effets. Il est évident qu'il s'agit ici, comme dans l'ancien article 44, d'une caution de bonne conduite ; mais il n'est pas nécessaire que le cautionnement soit déposé en espèces, car l'article 271 veut qu'il ne soit reçu que d'un *citoyen solvable*, tandis que l'article 44 l'admettait de la part de *toute personne*. Quant au taux de ce cautionnement et aux risques qu'il entraîne, c'est au contrat passé entre l'administration et la caution à régler ces deux points ; ce contrat doit stipuler les obligations

de la caution, il fait la loi des parties. [[Il n'appartient, dans tous les cas, qu'au gouvernement d'examiner s'il y a lieu d'accueillir les réclamations ou les offres faites par des communes ou par des particuliers en leur faveur : les tribunaux ne sont pas compétents pour les apprécier et les admettre [1]. Ils doivent prononcer dans l'état des faits et laisser l'autorité compétente statuer ensuite sur les offres de caution ou les réclamations : c'est une mesure qui touche à l'exécution de la peine et nullement à la culpabilité.]]

975. Le texte de l'article 273 ne s'étend qu'aux vagabonds déclarés tels par jugement; mais, s'ils n'étaient encore qu'en état de prévention, pourraient-ils en réclamer le bénéfice? M. Carnot [2] ne fait aucun doute à cet égard : ils le peuvent à plus forte raison, dit cet auteur, puisqu'ils le peuvent même après jugement. Cette raison ne nous paraît pas concluante. La loi a pu mettre un terme aux mesures qui pèsent sur le condamné, lorsque le cautionnement d'un citoyen ou la réclamation d'une commune semblent offrir des garanties de sa conduite future; c'est en quelque sorte une remise de la peine, une grâce que l'administration est autorisée à accorder : mais cette mesure suppose nécessairement une déclaration de culpabilité, une condamnation prononcée. Dans quel titre, en effet, l'administration puiserait-elle le droit de renvoyer dans sa commune, ou de soumettre à la garantie d'une caution, un individu qui, n'étant encore que prévenu, serait réputé n'avoir commis aucun délit? La condamnation seule justifie ces mesures qui, sans elle, ne seraient plus que des actes arbitraires et tyranniques. La garantie d'une commune ou d'un citoyen peut affaiblir ou effacer la prévention; mais l'application de l'article 273 ne peut être faite qu'à un condamné.

Ce même article dispose, en terminant, que les vagabonds renvoyés dans leur commune ou admis à caution seront conduits *dans la commune qui leur sera assignée pour résidence*. Il ne faudrait pas induire de ces termes que le vagabond renvoyé ou admis à caution

[1] Cass. 10 janv 1852, Bull. n° 9.
[2] Comm. du code pénal, sur l'art. 273,

ne peut s'éloigner de cette commune sans une autorisation nouvelle. Par l'une ou l'autre de ces deux mesures, le condamné reprend tous ses droits ; tous les effets du jugement cessent. Il ne faut donc voir dans l'article 273 que l'intention de faire une simple *désignation de commune*. Ramené dans cette commune désignée, le condamné n'y a d'autre frein que la tutelle bienveillante du conseil municipal qui l'a réclamé, ou du citoyen qui l'a cautionné. Aussi la loi n'a-t-elle imposé aucune peine à son changement de résidence ; ce qui prouve sans réplique qu'elle n'a point voulu créer une résidence obligée, qui serait d'ailleurs aujourd'hui une anomalie dans notre code.

976. Une mesure particulière a été prescrite à l'égard des vagabonds *étrangers*. L'article 272 porte : « Les individus déclarés vagabonds par jugement pourront, s'ils sont étrangers, être conduits, par les ordres du gouvernement, hors du territoire du royaume. » Le germe de cette disposition se trouvait déjà dans l'article 7 de la loi du 28 vendémiaire an VI, relative aux passe-ports : « Tous étrangers, porte cet article, voyageant dans l'intérieur de la république, ou y résidant sans avoir une mission des puissances neutres ou amies reconnues par le gouvernement français, ou sans y avoir acquis le titre de citoyen, sont mis sous la surveillance spéciale du directoire exécutif, qui pourra retirer leurs passe-ports et leur enjoindre de sortir du territoire français, s'il juge leur présence susceptible de troubler l'ordre et la tranquillité publique. »

Nous avons soulevé précédemment [1] la question de savoir si cette dernière disposition n'a point été abrogée par l'article 272 ; il suffit de rapprocher les termes de ces deux articles pour se convaincre qu'aucune contrariété réelle ne s'élève entre eux. Dans l'article 272, il ne s'agit que d'une seule classe d'étrangers, de ceux qui sont condamnés pour vagabondage ; dans la loi de l'an VI, il s'agit, au contraire, de tous les étrangers voyageant dans l'intérieur de la France sans y avoir une mission des nations alliées. Dans l'espèce du premier article, l'expulsion du territoire est un accessoire, un complé-

[1] *Voy.* t. 2, n°s 434 et 435.

ment de la peine ; cette mesure remplace la surveillance qui est exercée sur les vagabonds non étrangers. Dans le cas de la loi de l'an VI, l'expulsion du territoire n'est qu'une mesure de police administrative, mesure purement préventive, et qui n'est la suite d'aucun délit commis. Ainsi il est évident que l'article 272 n'a point nécessairement abrogé l'art. 7 de la loi du 28 vendémiaire an VI. Quant au point de savoir si cette disposition, qui arme le gouvernement d'un pouvoir extraordinaire, est restée debout au milieu des variations successives de la législation, nous n'avons point à l'examiner ici ; elle appartient à la police administrative ; elle est étrangère à la répression du vagabondage.

977. Le droit que l'article 272 confère au gouvernement ne peut être exercé par les tribunaux. Cette règle, qui résulte d'ailleurs du texte même de l'article, a été reconnue par plusieurs arrêts de la cour de cassation. Les motifs exprimés dans ces arrêts sont que le seul article du code pénal qui autorise cette expulsion des étrangers hors de France est l'article 272 ; que cet article ne s'applique qu'aux étrangers déclarés vagabonds par jugement, et qu'il ajoute que ces étrangers seront conduits hors du territoire du royaume *par les ordres du gouvernement*, c'est-à-dire par les soins de l'autorité administrative ; qu'ainsi l'autorité administrative est seule juge de cette nécessité, et que les tribunaux ne peuvent déclarer son existence, et prescrire en conséquence eux-mêmes l'expulsion du condamné, sans excéder les limites de leurs attributions [1].

978. Quelle serait la peine applicable à l'étranger condamné comme vagabond, qui, conduit hors du territoire, y pénétrerait de nouveau ? Il faut distinguer : si la surveillance qui a dû être prononcée contre lui en vertu de l'article 271 n'est pas expirée, sa rentrée en France pourra être considérée comme une infraction de son ban, et les dispositions de l'article 45 pourront lui être appliquées. Mais si le temps de la surveillance est expiré, s'il a cessé d'être soumis à cette peine, sa rentrée ne peut plus être considérée

[1] Cass. 9 sept. 1826, Sir. 27. 1. 319 ; 6 déc. 1832, Bull. 477.

comme une infraction au mode d'exécution d'une peine qui ne le régit plus. Il ne sera donc passible d'aucun châtiment; seulement le gouvernement pourra user encore du droit que lui donne l'article 272 de faire reconduire cet étranger aux frontières, puisque ce droit se fonde sur sa qualité d'étranger déclaré vagabond par jugement, qualité indélébile qui survit à l'exécution de sa peine.

Cette sorte de lacune dans la législation s'est fait sentir avec plus de force à l'égard des étrangers expulsés en vertu de l'article 7 de la loi du 28 vendémiaire an VI. Aussi le législateur a-t il essayé de la combler, en ce qui concerne du moins une classe de ces étrangers, les réfugiés. L'article 2 de la loi du 21 avril 1832, reproduisant cette ancienne loi, porte que le gouvernement pourra leur enjoindre de sortir du royaume, s'ils ne se rendent pas à leur destination, ou s'il juge leur présence susceptible de troubler l'ordre et la tranquillité publique. Cette loi, de même que la loi de l'an VI, manquait de sanction; la loi du 1er mai 1834 lui en a donné une. Son article 2 porte : « Tout réfugié étranger qui n'obéira pas à l'ordre qu'il aura reçu de sortir du royaume, ou qui, ayant été expulsé, rentrera sans autorisation, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à six mois. » Il faut remarquer que cette pénalité ne s'applique qu'aux seuls *réfugiés étrangers;* il serait donc interdit de l'étendre hors de ses termes, et de l'appliquer soit aux étrangers voyageurs, soit aux étrangers déclarés vagabonds.

[[Les articles 7 et 8 de la loi du 3 décembre 1849 portent ce qui suit : « Article 7. Le ministre de l'intérieur pourra, par mesure de police, enjoindre à tout étranger voyageant ou résidant en France de sortir immédiatement du territoire français et le faire conduire à la frontière. Il aura le même droit à l'égard de l'étranger qui aura obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France ; mais après un délai de deux mois la mesure cessera d'avoir son effet si l'autorisation n'a pas été revoquée. Dans les départements frontières, le préfet aura le même droit à l'égard de l'étranger non résidant, à la charge d'en référer immédiatement au ministre de l'intérieur.— Article 8. Tout étranger qui se serait soustrait à l'exécution des

mesures énoncées dans l'article précédent ou dans l'article 272 du code pénal, ou qui, après être sorti de France par suite de ces mesures, y serait rentré sans la permission du gouvernement, sera traduit devant les tribunaux et condamné à un emprisonnement d'un mois à six mois. » La cour de cassation a jugé, par interprétation de ce dernier article, « que si, antérieurement à la loi du 3 décembre 1849, il était établi par une jurisprudence constante que la sanction pénale de l'article 272 se trouvait dans l'article 45, il n'en peut être de même aujourd'hui en présence de la disposition expresse de l'article 8 de la loi du 3 décembre 1849, qui prononce une peine spéciale pour l'infraction à l'article 272[1]. » Ainsi se trouve remplie la lacune que nous signalions tout à l'heure, et la peine de la rupture de ban se trouve plus en harmonie avec le délit que ne l'était la peine portée par l'article 45.]]

979. Telles sont les dispositions qui s'appliquent au vagabondage, abstraction faite de toute circonstance de nature à en modifier le caractère. Nous avons successivement examiné les caractères distinctifs de ce délit, le mode de répression qui lui est appliqué, les mesures particulières établies à l'égard des vagabonds étrangers, enfin l'exception qui peut suspendre l'exécution de la peine quand le vagabond est réclamé ou qu'il trouve une caution.

Il nous reste à considérer encore le vagabondage sous deux points de vue distincts : comme puisant un caractère d'aggravation dans les circonstances qui l'accompagnent, et comme constituant lui-même une circonstance aggravante de certains crimes et délits. Mais, comme ces deux caractères lui sont communs avec le délit de mendicité, nous croyons devoir renvoyer leur examen au chapitre suivant.

[1] Cass. 27 mars 1852, Bull. n° 112.

CHAPITRE XLIII.

DE LA MENDICITÉ.

(*Commentaire des art.* 274 *à* 282 *du C. pén.*)

980. Sous quel rapport le code s'occupe de la mendicité.
981. Elle ne constitue en elle-même aucun délit.
982. Lois anciennes sur cette matière.
983. Dispositions des lois modernes.
984. Conditions du délit (art. 274).
985. C'est surtout l'habitude et le métier que la loi a voulu atteindre.
986. Translation au dépôt de mendicité; caractère de cette mesure.
987. Réclamations de la famille du mendiant ; leur effet.
988. Dans les lieux où il n'y a pas de dépôt, la loi ne punit que les mendiants valides (art. 275).
989. De la mendicité avec circonstances aggravantes (art. 276).
990. Explication de ces circonstances.
991. Circonstances concomitantes communes à la mendicité et au vagabondage : travestissement, port d'armes ou d'instruments (art. 277).
992. Détention d'effets d'une valeur supérieure à 100 fr. (art. 278).
993. Perpétration d'actes de violence (art. 279 et 280).
994. Port de faux certificats et faux passe-ports (art. 281).
995. Surveillance de la haute police : il est permis de ne pas la prononcer en cas de circonstances atténuantes (art. 282).
996. Si l'article 282 doit étendre son application aux mendiants condamnés en vertu des art. 274, 275 et 276.
997. Esprit et motifs de cet article.
998. Exposé de la jurisprudence sur cette question.

---

980. Le législateur s'est occupé de la mendicité, soit pour l'extirper comme une plaie sociale par des précautions et des mesures de police, soit pour en réprimer par des peines l'abus et les écarts. Les mesures préventives ne rentrent point dans le domaine de la justice pénale : tels sont l'établissement d'hôpitaux spéciaux et de dépôts de mendicité pour recueillir les mendiants, l'institution de colonies agri-

coles et d'ateliers de charité pour les occuper. C'est à l'économie politique qu'il appartient d'apprécier ces mesures et d'en juger les effets.

Le droit pénal ne considère la mendicité que dans ses effets ; il la saisit et la réprime au moment où, par les circonstances qui l'accompagnent, elle prend un caractère criminel. Les mendiants sont alors assimilés aux vagabonds : leurs allures également suspectes, leurs habitudes également dépravées, décèlent la même immoralité ; et la société puise le droit de les punir tant dans cette immoralité que dans le péril dont ils menacent l'ordre public. Cette assimilation de ces deux classes d'agents, reproduite de l'ancien droit et répétée dans les lois étrangères, nous dispense de retracer de nouveau des principes qui ont été rappelés dans le chapitre précédent.

981. La mendicité, isolée de toute circonstance aggravante, ne constitue en elle-même aucun délit ; car ce n'est point une action imputable que de demander l'aumône, lorsque l'agent, faible ou infirme, n'a point d'autres ressources pour soutenir sa vie. Le délit ne peut commencer que dans le cas où la mendicité ne se fonde pas sur une nécessité flagrante, où elle prend sa source dans la fainéantise et l'oisiveté, où elle devient le prétexte de courses vagabondes, et sert de moyen et de voile à la perpétration d'autres délits.

Cette première distinction a servi de base à toutes les législations sur cette matière : elle s'est formulée dans la ligne qui a séparé, dans toutes les lois, les mendiants *valides* et les mendiants *invalides*. Les premiers seuls sont, en général, l'objet de la sévérité des législateurs ; les autres trouvent, non pas seulement une excuse, mais un moyen de justification, dans leur âge, ou dans les infirmités qui les rendent incapables de travail.

982. C'est ainsi que la loi romaine ne déployait ses peines qu'à l'égard des mendiants valides ; les personnes dont le travail ne pouvait soutenir l'existence avaient la faculté de mendier : *cunctis quos in publicum quæstum incerta mendicitas vocaverit, inspectis, exploratur in singulis et integritas corporum et robur annorum ; atque inertibus et absque ullâ debilitate miserandis necessitas infe-*

ratur, ut eorum [1]... Notre ancienne législation avait maintenu cette distinction. De simples mesures de police atteignaient ceux que leur âge et leurs infirmités mettaient hors d'état d'exercer un métier : tels étaient les enfants, les vieillards, les malades et les estropiés. « Comme l'impuissance où ils sont, dit Muyart de Vouglans, de se procurer par leur travail de quoi subsister, les rend plus dignes de commisération que de peine, lorsqu'ils se livrent à la mendicité, et qu'on ne peut dire d'eux que cette mendicité est le fruit de l'oisiveté et du libertinage, ils ont toujours été distingués de ces derniers par les lois pénales, et ils ne deviennent punissables que lorsqu'ils négligent de profiter des ressources qu'elles leur offrent pour assurer leur subsistance, soit en se présentant aux hôpitaux destinés à cet effet, soit en se retirant dans le lieu de leur naissance [2]. » La déclaration du 18 juillet 1724 portait en effet : « Enjoignons aux mendiants qui ne sont pas en état, à cause de leurs infirmités ou de leur caducité, de gagner leur vie par le travail, de se présenter aux hôpitaux pour y être reçus. » Les peines n'étaient édictées que pour les cas de désobéissance.

Les mendiants valides, au contraire, étaient punis pour le seul fait de la mendicité. Ainsi une ordonnance de François Ier, d'août 1536, portait : « Ordonnons que ceux qui seront mendiants valides seront contraints de besongner et labourer pour gagner leur vie ; et où il y auroit défaut ou abus desdits mendiants valides, chacun pourra les prendre ou faire prendre et les mener à la prochaine justice, pour les punir et corriger publiquement de verges et fouets. » Une autre ordonnance de Henri II, du 9 juillet 1547, portait contre les mendiants valides la peine du fouet, du bannissement pour les femmes, et celle des galères pour les hommes. Les ordonnances des 13 avril 1685, 28 janvier 1687, 18 juillet 1724 et 20 août 1750, maintenaient ces peines, en substituant au bannissement la détention pour

[1] L. 1, C. de mendicantibus validis.

[2] Lois criminelles, p. 395.

les femmes, et en réduisant les galères à cinq ans au plus pour les hommes.

983. Notre législation moderne s'est beaucoup occupée de la mendicité, mais sans dévier de la même règle. L'article 4 de la loi du 30 mai-13 juin 1790 ouvrait des maisons de travail pour les pauvres *valides* trouvés mendiant. L'article 22, titre 2 de la loi du 19-22 juillet 1791, disposait, avec la même restriction, que les *mendiants valides* pourraient être sur-le-champ saisis et conduits devant le juge de paix ; le seul fait de la mendicité les plaçait en prévention du délit. La loi du 24 vendémiaire an II prescrivit des mesures répressives pour éteindre la mendicité, et ces mesures n'atteignaient que les mendiants valides. Enfin, l'article 3 de la loi du 16 ventôse an II ordonnait aux autorités constituées de veiller, sous leur responsabilité, *à ce que des individus valides ne mendient point, et s'occupent de travaux utiles à la société*. Ainsi l'esprit de la législation a toujours été de ne punir la mendicité que de la part des individus valides, et de la tolérer dans les personnes infirmes et incapables de soutenir leur vie par le travail, sauf seulement les cas où ces personnes emploieraient la fraude, ou feraient un métier de la mendicité.

Tel est aussi l'esprit qui respire dans toutes les législations étrangères. Le code pénal d'Autriche ne punit les mendiants que lorsque l'habitude de la mendicité démontre leur penchant à l'oisiveté (deuxième paragraphe, art. 261). La loi du Brésil ne décerne également des peines contre ceux qui mendient dans les lieux où des établissements publics sont ouverts pour les mendiants, qu'autant qu'ils sont en état de travailler. Enfin, les lois pénales de Naples et de l'île de Malte ne réputent improbe et punissable que la mendicité qui s'exerce par des individus valides (art. 301 et 245). Nous retrouverions le même principe répété dans la plupart des législations.

984. Notre code l'a formellement consacré. Le législateur distingue les lieux où un établissement public est institué pour recevoir

les mendiants, et les lieux où une telle institution n'existe pas : dans les premiers, tout acte de mendicité est interdit, parce que la société, en prenant les mendiants à sa charge, leur ôte le prétexte de leurs besoins; tout acte de mendicité, même de la part des invalides, est donc un acte de désobéissance que la loi inculpe et punit. Dans les autres lieux, au contraire, la mendicité est permise, mais de la part des mendiants *invalides seulement*, ou de ceux qui, quoique *valides*, n'en font pas un métier. Le délit n'existe que dans le cas où l'habitude se réunit à la validité; c'est cette double circonstance qui accuse, en effet, l'oisiveté et la fainéantise de l'agent. Nous allons suivre cette distinction dans les textes de la loi.

L'article 274 est ainsi conçu : « Toute personne qui aura été trouvée mendiant dans un lieu pour lequel il existera un établissement public organisé afin d'obvier à la mendicité, sera punie de trois à six mois d'emprisonnement, et sera, après l'expiration de sa peine, conduite au dépôt de mendicité. »

Cet article exige deux conditions pour que cette infraction puisse être poursuivie : il faut, en premier lieu, que l'existence d'un dépôt de mendicité soit établie : « Car, suivant les propres expressions des rédacteurs du code, jusqu'à ce que les dépôts de mendicité soient formés, on ne peut défendre à ceux qui sont sans ressource de demander l'aumône, encore moins les punir pour l'avoir fait [1]. » Mais il n'est pas nécessaire que cet établissement soit placé au lieu même où le délit a été commis; il suffit, et les termes de l'article l'indiquent, que le dépôt existe *pour ce lieu*, c'est-à-dire que le mendiant ait eu la faculté de s'y faire admettre; car l'infraction réside dans l'acte de mendicité après qu'un asile a été ouvert à l'agent. Le décret du 25 juillet 1808, qui prescrit l'institution d'un dépôt de mendicité dans chaque département, avec la destination de recevoir tous les mendiants du département, suffit donc pour que tous les actes de mendicité doivent être supprimés dans son étendue; mais il faut que cet établissement soit *organisé*, c'est-à-dire en pleine activité. Tant

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 5 nov. 1808.

que les indigents n'y sont pas admis par leur simple réclamation, l'article 274 demeure sans application, et la mendicité, isolée d'ailleurs de toutes circonstances aggravantes, demeure licite. Ce point a été très-nettement posé par un arrêt qui déclare « que de l'ensemble des dispositions des articles 274 et 275 il résulte que le fait de mendier ne constitue pas nécessairement un délit; qu'en général il ne prend ce caractère qu'à l'égard des mendiants d'habitude valides, ou lorsqu'il est accompagné de circonstances aggravantes de nature à compromettre la paix publique; qu'à la vérité, aux termes de l'art 274, dans les lieux où il existe un établissement public pour obvier à la mendicité, toute personne trouvée mendiant est passible de peines correctionnelles; que si, conformément à l'intention qui a dicté le décret du 5 juillet 1808, pour l'extirpation de la mendicité, cet établissement est ouvert, sans distinction, à tous ceux que la misère pousserait à mendier, l'art. 274 doit être appliqué de même sans distinctiou à quiconque, au lieu de profiter de la ressource qui lui est offerte, préfère se livrer à la mendicité; mais que si, d'après les règlements qui le régissent, certaines classes d'individus en sont exclues, la disposition dudit article cesse d'être applicable à ceux qui ne pourraient s'y faire admettre, quand même ils le désireraient[1]. »

Une deuxième condition est que l'agent ait été *trouvé mendiant.* Cette condition a été puisée dans la déclaration du 18 janvier 1687, qui ne prononçait également des peines que *contre ceux qui étaient trouvés mendiant dans les villes et la campagne.* Il résulte de cette expression qu'il ne suffit pas de faire preuve des faits de mendicité pour qu'ils puissent être punis : le flagrant délit est seul atteint par la loi; il est nécessaire que l'agent ait été surpris au moment de l'acte.

985. L'acte de mendicité a d'ailleurs un caractère propre qu'on ne doit pas perdre de vue. La loi suppose de la part du mendiant un état d'indigence qu'elle veut atteindre : mais le fait unique qu'elle parvient à saisir, c'est l'habitude, c'est le métier de mendier. Il ne

[1] Cass. 29 fév. 1845, Bull. n° 60; Dev. 45. 1. 736.

faut donc pas confondre les actes de mendicité avec d'autres faits qui ont avec ces actes une analogie plus ou moins grande : telles sont toutes les quêtes qui sont faites au profit des pauvres. Lorsque ces quêtes sont faites, non par les pauvres eux-mêmes, mais par des personnes qui s'interposent en leur faveur, il ne peut exister aucun doute ; mais elles seraient faites par ceux mêmes qui en profiteraient, qu'elles ne constitueraient pas un acte de mendicité, pourvu d'ailleurs qu'elles fussent accidentelles : telles seraient les quêtes faites par les victimes d'un incendie, d'un désastre quelconque. Il en est de même de toutes les souscriptions : tant que la quête ou la souscription n'a pour objet que d'allouer une indemnité passagère à celui qui en est l'objet, elle échappe à la loi pénale ; mais elle pourrait rentrer dans ses termes si elle devenait habituelle, si elle était un moyen ordinaire de subsistance. C'est d'après cette distinction que la cour de cassation a décidé qu'une quête faite au nom du desservant d'une paroisse, chez tous les habitants de la commune, pour demander à chacun d'eux, à titre volontaire, une certaine quantité de blé, ne caractérisait pas le délit de mendicité [1].

986. L'article 274, après avoir prononcé un emprisonnement de trois à six mois, ajoute « que le condamné sera, en outre, conduit au dépôt de mendicité. » Or, quel est le caractère de cette mesure ? Est-ce une peine accessoire ? est-ce une simple mesure de police ? Ce n'est point une peine; cela résulte de l'article lui-même, puisqu'il dispose que les condamnés seront, *après l'expiration de leur peine*, conduits au dépôt. Le but de cette disposition a été d'ouvrir un asile aux indigents qui n'ont aucun moyen de subsistance, et d'habituer au travail ceux que l'oisiveté et la paresse jettent dans la mendicité. C'est ainsi qu'elle fut caractérisée dans la discussion du code pénal. M. de Cessac demanda pourquoi on ne transférait pas d'abord le mendiant dans le dépôt. M. Regnault répondit : « que les dépôts de mendicité sont des maisons de secours et des asiles où les mendiants peuvent et doivent se retirer d'eux mêmes, et où ils

[1] Cass. 10 nov. 1808, Sir., 7. 2. 1165.

ne sont pas en détention ; que si, au lieu d'user de cette ressource, ils continuent de mendier, il est juste de les punir ; en conséquence, on leur inflige la peine de la prison avant de les envoyer au dépôt[1]. » La conduite des condamnés au dépôt n'est donc qu'une mesure de police ; le dépôt est un refuge et une maison de travail. Le délit est expié, la prison s'est ouverte pour eux ; la société ne les retient temporairement que pour leur donner des secours ou un métier. Il suit de là que, lorsque la cause de cette mesure a cessé, lorsque le condamné trouve, soit dans son travail, soit dans sa famille, des ressources suffisantes pour soutenir sa vie, l'administration ne peut le retenir ; car cette détention, quand la cause n'en existe plus, serait une véritable peine, et par conséquent une mesure illégale. Mais, il faut le dire, les droits de l'administration sont vagues et mal définis. On ne trouve que dans le décret du 22 décembre 1808, relatif au dépôt de Villers-Cotterets, une disposition portant que *les mendiants seront retenus dans cette maison jusqu'à ce qu'ils se soient rendus habiles à gagner leur vie par le travail, et au moins pendant une année*. Voilà donc un terme fixé à la détention. Mais combien peu de garanties assurent cette mise en liberté ! Et d'abord, cette détention nécessaire d'une année n'est-elle pas une aggravation de la peine ? Si l'agent peut vivre de son travail avant l'expiration de cette année, pourquoi prolonger son séjour forcé au dépôt, puisqu'il a déjà subi sa peine ? Ensuite, par quel mode l'aptitude du mendiant à gagner sa vie sera-t-elle constatée ? et s'il est reconnu qu'il ne l'a pas acquise, restera-t-il dans les liens d'une détention perpétuelle ? A ces seules questions, on aperçoit que la loi n'est pas complète, et qu'en prescrivant les mesures qui peuvent réprimer la mendicité, on ne les a pas accompagnées des formes non moins utiles qui doivent garantir la liberté individuelle contre les actes arbitraires et les abus[2]. Le législateur belge a voulu réparer cette grave omission de la loi, en ajoutant à l'article 274, dans le projet de son code pénal,

[1] Procès-verbaux du cons. d'État, séance du 19 août 1809.

[2] *Voy.* projet de règlement, art. 7 du décret du 22 déc. 1808.

cette disposition protectrice : « *Les mendiants seront retenus au dépôt pendant le temps qui sera fixé par le gouvernement, et qui ne pourra excéder cinq ans.* »

987. Quelques tribunaux ont été pendant longtemps dans l'usage d'ordonner que les individus qu'ils condamnaient pour mendicité fussent remis, à l'expiration de la peine, aux personnes qui les réclameraient. Une telle disposition constituait une évidente violation de l'article 274. En effet, ainsi que nous l'avons remarqué, la translation du mendiant au dépôt ne constitue point une peine, mais une simple mesure de police; et cette mesure, prise comme une conséquence de la condamnation, pourrait même être ordonnée de plein droit, lorsque le jugement n'en fait pas mention. Dès lors ce n'est point à l'autorité judiciaire, mais à l'autorité administrative, à juger si les mendiants doivent être conduits au dépôt. Cette règle a été confirmée par la cour de cassation, qui a décidé « que la deuxième disposition de l'article 274 est impérative et absolue dans l'intérêt de l'ordre public; que les tribunaux n'ont pas le droit d'empêcher la mesure qu'elle prescrit; et que le pouvoir d'apprécier les circonstances qui seraient susceptibles de rendre inutile l'exécution de cette disposition n'appartient qu'à l'autorité administrative qui en est chargée [1]. »

988. Le délit de mendicité prend un nouveau caractère dans les lieux où nul dépôt n'a encore été établi. L'article 275 est ainsi conçu : « Dans les lieux où il n'existe point encore de tels établissements, les mendiants d'habitude valides seront punis d'un mois à trois mois d'emprisonnement. S'ils ont été arrêtés hors du canton de leur résidence, ils seront punis d'un emprisonnement de six mois à deux ans. »

Il ne s'agit dans cet article que des mendiants *valides*. Les individus *invalides* ont, ainsi que nous l'avons dit, la faculté de mendier dans les lieux où ne sont point encore institués d'établissements pour les recueillir. Tout agent poursuivi pour mendicité dans de tels

[1] Cass. 1er juin 1833, Journal du dr. crim. 1833, p. 182.

lieux trouve donc une cause de justification dans son âge, dans sa faiblesse, dans ses infirmités. Il est visible, du reste, que la validité du mendiant est une question de fait. La loi a entendu, par mendiant valide, celui auquel ses forces permettent de travailler, et dont les habitudes vicieuses ne peuvent dès lors être attribuées qu'à l'amour de l'oisiveté. La cour de Bourges a pu, sans contrevenir à cette règle, juger qu'un individu amputé d'une jambe ne peut être rangé dans la classe des mendiants valides[1]. Les jeunes enfants qui accompagnent leurs parents, le conducteur qui guide l'aveugle, bien que valides, sont, par une sorte de fiction dictée par l'humanité, rangés dans la classe des mendiants invalides : l'art. 275 ne leur est point applicable.

Le seul fait d'*être trouvé mendiant* ne suffit plus pour constituer le délit : la loi ne rend passibles d'une peine que les *mendiants d'habitude valides*. Il faut donc, lorsque le mendiant a été reconnu valide, que la circonstance de l'habitude soit encore constatée. Il n'est pas néanmoins nécessaire que l'agent soit trouvé plusieurs fois mendiant pour que cette circonstance existe; il suffit qu'il soit prouvé qu'il ne soutient sa vie que par la mendicité, et que c'est là son métier, son mode d'existence.

La peine devient plus grave si le mendiant d'habitude valide a été arrêté hors du canton de sa résidence ; car au délit de mendicité il réunit alors celui de vagabondage, et ces deux faits signalent un agent plus dangereux.

989. Si les mendiants invalides ne sont passibles d'aucune peine dans les lieux où les dépôts ne sont pas encore établis, c'est à condition qu'aucune circonstance ne viendra aggraver le fait de leur mendicité et le convertir en délit. L'article 276 énumère certains actes qui, à l'égard des mendiants invalides, sont constitutifs du délit, et à l'égard des mendiants valides, en forment seulement les circonstances aggravantes. Cet article est ainsi conçu : « Tons mendiants, même invalides, qui auront usé de menaces ou seront entrés,

[1] Arr. Bourges, 3 fév. 1831, Journ. du dr. crim. 1831, p. 113.

sans permission du propriétaire ou des personnes de la maison, soit dans une habitation, soit dans un enclos en dépendant, ou qui feindront des plaies ou infirmités, ou qui mendieront en réunion, à moins que ce ne soient le mari et sa femme, le père ou la mère et leurs jeunes enfants, l'aveugle et son conducteur, seront punis d'un emprisonnement de six mois à deux ans. »

L'article 6 de la déclaration du 18 juillet 1724 portait également : « Les mendiants qui seront arrêtés demandant l'aumône avec insolence..., ceux qui seront arrêtés contrefaisant les estropiés ou qui feindraient des maladies qu'ils n'auraient pas, ceux qui se seraient attroupés au-dessus du nombre de quatre, non compris les enfants, soit dans la ville ou les campagnes..., seront condamnés (les hommes valides) aux galères au moins pour cinq années, et, à l'égard des femmes ou des hommes invalides, au fouet dans l'intérieur de l'hôpital, et à une détention à l'hôpital général à temps ou à perpétuité, suivant l'exigence des cas. »

990. Il est indifférent, pour l'application de l'article 276, que les mendiants soient valides ou invalides ; il est également indifférent que le délit soit commis dans des lieux où les dépôts sont ou non établis : cette double distinction, qui domine les articles 274 et 275, s'efface dans celui-ci ; la disposition est générale. Le délit ne consiste même plus dans le flagrant délit ou dans l'habitude de la mendicité ; il suffit qu'il soit établi que l'agent a mendié avec l'une des circonstances énumérées par l'article 276 ; toute la gravité de l'acte est dans le concours de ces circonstances.

La loi n'a point défini les *menaces*, mais ce mot doit être pris dans son sens ordinaire. La menace a pour but de contraindre la volonté par l'annonce d'un mal quelconque ; elle constitue presque une voie de fait. On ne pourrait donc faire rentrer dans cette expression ni les propos grossiers ni les injures. L'introduction dans les habitations fait naître une observation d'une autre nature : cette introduction ne serait point excusée par cela seul que le propriétaire ne s'y serait pas opposé ; elle ne cesse d'être une circonstance aggravante qu'autant qu'elle a été formellement autorisée. Toutes les

législations ont puni avec plus de gravité les mendiants qui feignent des infirmités et des maladies : c'est une fraude, une sorte d'escroquerie, employée dans le but d'attirer des aumônes. Mais la loi n'a prévu que ces mensonges physiques; les fausses allégations, les misères inventées, l'affirmation même d'une infirmité fausse, mais que l'agent n'aurait pas feinte aux yeux par des signes ostensibles, échapperaient à ses prévisions. La dernière circonstance est la mendicité en réunion : quel est le nombre qui constitue la réunion ? Notre ancienne législation et la loi nouvelle du Brésil prohibent toute réunion excédant quatre personnes. Notre code est plus sévère ; il prohibe toute réunion quelconque; il n'excepte que celle du mari et de la femme, du père et de la mère avec leurs jeunes enfants, enfin de l'aveugle et de son conducteur. Toute autre réunion, même de deux personnes, pour mendier, est donc interdite, et devient une circonstance d'aggravation. Mais il faut que ces personnes aient *mendié en réunion ;* la réunion, hors des faits de mendicité, n'aurait aucune influence sur la gravité du délit.

991. Telles sont les dispositions qui se rattachent au délit de mendicité et aux circonstances aggravantes de ce délit. Le code pénal a porté sa prévoyance plus loin : il a incriminé certains faits qu'il ne considère plus comme des circonstances aggravantes de la mendicité, mais qui puisent une criminalité spéciale ou plus grave dans leur concours avec la qualité de mendiant. Ces incriminations sont communes aux vagabonds et aux mendiants : les observations qui vont suivre s'appliquent donc à ces deux classes d'agents.

L'article 277 est ainsi conçu : « Tout mendiant ou vagabond qui aura été saisi travesti d'une manière quelconque, ou porteur d'armes, bien qu'il n'en ait usé ni menacé, ou muni de limes, crochets ou autres instruments propres soit à commettre des vols ou d'autres délits, soit à lui procurer les moyens de pénétrer dans les maisons, sera puni de deux à cinq ans d'emprisonnement. » Ce qu'il importe de remarquer d'abord, c'est que la condition de l'incrimination est que l'agent *ait été saisi* dans l'une des circonstances énoncées. Ainsi, dans cet article comme dans l'article 274, c'est le délit fla-

grant seul que la loi a voulu atteindre ; il ne suffit pas que le mendiant ou le vagabond ait été vu nanti de tels ou tels effets, il faut qu'au moment de son arrestation, ces objets aient été trouvés sur lui : c'est cette circonstance, en effet, qui fait présumer qu'il les portait habituellement. Il est à remarquer, en second lieu, que les trois faits énumérés dans l'article ont le caractère de trois actes préparatoires de crimes ou de délits : la juste défiance qui environne les pas du mendiant ou du vagabond s'élève à son plus haut degré, quand cet agent est trouvé muni d'instruments propres à commettre des crimes. La présomption d'une volonté criminelle prend presque la consistance d'un fait matériel ; mais toutefois ce fait n'existe point encore ; la loi ne suppose même aucun commencement d'exécution ; le délit gît encore intérieurement dans l'intention présumée de l'agent. Il suit de là que cette intention doit être scrutée avec un soin plus minutieux ; qu'il faut non-seulement que la circonstance existe matériellement, mais qu'elle suppose l'intention dont la loi l'a faite l'expression ; qu'il ne suffit pas, en un mot, que l'agent soit porteur d'instruments plus ou moins propres à commettre des crimes; qu'il est nécessaire qu'il ne puisse donner aucun motif légitime à la détention de ces instruments. C'est en appliquant ce principe que la cour de cassation a jugé que l'article 277 ne s'appliquait pas aux vagabonds ou aux mendiants trouvés nantis d'instruments divers reconnus nécessaires à l'exercice de leur métier [1].

992. L'article 278 prévoit un fait qui rentre encore dans la même catégorie. « Tout mendiant ou vagabond, porte cet article, qui sera trouvé porteur d'un ou de plusieurs effets d'une valeur supérieure à 100 francs, et qui ne justifiera point d'où ils lui proviennent, sera puni de la peine portée par l'article 276. » Nous avons déjà eu l'occasion, dans le chapitre précédent, de faire connaître l'esprit de cet article : son but a été de mettre à la charge des vagabonds ou mendiants, trouvés possesseurs d'une valeur supérieure à 100 francs, la preuve de la légitimité de leur possession. La présomption est, jus-

[1] *Voy.* cass. 3 juin 1836, Journ du dr. crim. 1836, p. 351.

qu'à cette preuve contraire, que cette valeur provient d'un **vol**, et c'est sur cette pensée qu'est fondée la peine. Au surplus, la loi exige encore que l'agent *soit trouvé porteur* des valeurs : si cette circonstance n'existe pas, il peut, en raison du dépôt qu'il en aurait fait, être poursuivi pour vol ; mais il ne pourrait encourir la peine prévue par cet article, sur le seul fait de la possession de ces effets, et d'après la présomption seule qu'elle fait naître.

993. Si les circonstances incriminées par les articles 277 et 278 ne constituent pas des actes préparatoires, ou même de simples présomptions d'une intention coupable, il n'en est plus de même des faits prévus par les articles 279 et 280. Ces faits constituent en eux-mêmes des délits ou des crimes; seulement leur caractère s'aggrave par cela seul qu'ils ont été commis par des mendiants ou vagabonds.

L'article 279 comprend tous les actes de violence. Il est ainsi conçu : « Tout mendiant ou vagabond qui aura exercé quelque acte de violence que ce soit envers les personnes, sera puni de la reclusion, sans préjudice de peines plus fortes, s'il y a lieu, à raison du genre et des circonstances de la violence. » Toutes les voies de fait, toutes les violences, quelque légères qu'elles soient, suivant l'expression de l'exposé des motifs, prennent, dans l'espèce de cet article, le caractère d'un crime. Il n'est pas nécessaire que ces violences aient été commises en mendiant : l'article n'exige pas ce concours, il exige seulement que l'agent ait la qualité de vagabond ou de mendiant. Par application de ce principe, la cour de cassation a pu juger que cet article est applicable au mendiant qui a exercé des violences contre le commissaire de police qui voulait l'arrêter[1]. Toutefois, est-ce bien là l'esprit de la loi? Si elle n'a pas fait du concours de l'acte de mendicité une condition du crime, n'a-t-elle pas voulu du moins que les violences fussent exercées, soit pendant la vie vagabonde de l'agent, soit pour arriver à la perpétration de quelque délit? Son but a été de protéger les citoyens contre les déprédations de ces

[1] Cass. 12 sept. 1812, Bull. n° 211.

hommes isolés dont la vie errante favorise les entreprises ; l'acte de violence acquiert une plus haute gravité de cette existence nomade, parce qu'on peut croire qu'il en est le but et qu'il révèle une perversité plus habituelle. Mais l'acte de rébellion à justice ne change point de nature, soit qu'il soit commis par un mendiant, soit par un prévenu quelconque. Cette distinction était dans la pensée du législateur. « La peine, disait M. Berlier, peut être plus forte que celle du droit commun, parce qu'il y a des violences dont la peine ne va pas jusqu'à la reclusion ; cela est vrai, et c'est ce qu'on a voulu. Il y a, en effet, une raison très-plausible de punir plus gravement les violences que se permet un mendiant ou vagabond, parce qu'elles ont, d'après la qualité de telles gens, un caractère non équivoque et plus criminel [1]. »

L'article veut que les violences aient été commises *par un mendiant*, et cette expression semble indiquer qu'elle ne s'applique qu'aux mendiants *d'habitude;* car c'est cette habitude de la mendicité qui les place sur la même ligne que les vagabonds et qui les soumet aux mêmes précautions. Cependant une solution contraire a été adoptée par la cour de cassation : cette solution se fonde sur ce que l'article 279 n'a pas énoncé la condition de l'habitude; et il est certain que le texte de cet article justifie cette interprétation [2].

994. L'article 281 présente un deuxième délit dont le caractère s'aggrave également par la qualité de mendiant ou de vagabond de son auteur. Cet article porte : « Les peines établies par le présent code contre les individus porteurs de faux certificats, faux passe-ports ou fausses feuilles de route, seront toujours, dans leurs espèces, portées au *maximum*, quand elles seront appliquées à des vagabonds ou mendiants. » La seule question que soulève cet article est de savoir si les peines qu'il établit s'appliquent au seul port des faux certificats, ou bien seulement à leur fabrication et à leur usage ; nous

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 3 nov. 1818.

[2] Cass. 13 oct. 1820, Bull. n° 133.

avons examiné cette difficulté, et l'avons résolue dans le dernier sens, dans notre chapitre 28[1].

995. Ici se terminent les dispositions aggravantes communes aux vagabonds et aux mendiants. Mais un article reste, qui est devenu le sujet d'une importante controverse. Cet article, quoiqu'il ne s'applique plus qu'aux mendiants, est demeuré compris parmi les dispositions communes à ces deux classes d'agents ; la raison en est qu'il s'appliquait, dans l'origine, aux uns et aux autres. L'ancien art. 282 portait : « Les vagabonds ou mendiants qui auront subi les peines portées par les articles précédents demeureront, à la fin de ces peines, à la disposition du gouvernement. » Or, d'une part, la loi du 28 avril 1832 supprimait la mise à la disposition du gouvernement; de l'autre, elle introduisait dans l'article 271 une surveillance générale pour tous les vagabonds légalement déclarés tels, quelles que fussent les circonstances accessoires de ce délit. Il ne restait donc plus qu'à soumettre les mendiants, lorsqu'il y aurait lieu, à la même mesure ; et tel a été le but du nouvel article 282, qui est ainsi conçu : « Les mendiants qui auront été condamnés aux peines portées par les articles précédents seront renvoyés, après l'expiration de leur peine, sous la surveillance de la haute police, pour cinq ans au moins et dix ans au plus. »

Ce texte soulève deux questions également graves : la surveillance qu'il prononce s'applique-t-elle à tous les condamnés pour mendicité sans distinction, ou seulement aux mendiants condamnés avec l'une des circonstances aggravantes prévues par les articles 277 et suivants? Cette peine peut-elle être remise, en cas de circonstances atténuantes constatées, et en vertu de l'article 463? Nous ne nous arrêtons point à cette seconde question, puisque la cour de cassation l'a enfin résolue affirmativement[2]. Notre opinion, conforme à cette

[1] T. 2, p. 478.

[2] Cass. ch. réun. 26 juin 1838, Bull. nº 181 ; ch. crim. 24 nov. 1838, Bull. nº 368. *Voy.* suprà, nº 970.

jurisprudence, a été développée dans notre n° 970, et il nous paraît inutile de reproduire une argumentation qui est nécessairement la même dans les deux hypothèses. Nous traiterons donc uniquement la question spéciale que soulèvent les premiers termes de l'article 282.

996. Ces termes n'avaient fait, jusqu'à ces derniers temps, l'objet d'aucun doute. Dès le 20 avril 1813, c'est-à-dire à une époque voisine de la promulgation du code pénal, le grand juge ministre de la justice, dans une instruction sur l'exécution de cette partie de la loi pénale, reconnaissait formellement que les mendiants condamnés pour l'une des circonstances aggravantes exprimées dans les articles 277 et suivants, étaient seuls mis à la disposition du gouvernement par l'article 282; la jurisprudence des tribunaux et de la cour de cassation elle-même s'est constamment prononcée dans ce sens, jusqu'à l'arrêt de cette cour du 8 octobre 1836. C'est à cet arrêt que remonte la controverse. Il est nécessaire de reproduire les motifs de cette nouvelle interprétation; ces motifs, répétés dans les divers arrêts qui sont intervenus depuis, sont : « que le paragraphe 3 de la section 5, chapitre 3, titre 1er, livre 3 du code pénal, s'occupe exclusivement de la mendicité et de la répression des délits commis par les mendiants; que ce paragraphe 3 comprend les articles 274 et suivants, jusques et y compris l'article final 282; que la rubrique, *dispositions communes aux vagabonds et aux mendiants*, n'est point l'intitulé d'un paragraphe distinct qui sépare l'article 275 de l'article 277; que l'article 278, qui se trouve après la susdite rubrique, renvoie, pour la peine à infliger par cet article, à l'article 276, ce qui indique surabondamment la relation qui existe entre ces deux articles, et que les mêmes règles leur sont communes; que l'article 282, qui soumet à la surveillance de la haute police de l'État les mendiants qui auront subi les peines portées par les *articles précédents*, se réfère nécessairement et sans distinction à tous les articles qui composent le paragraphe 3, et qu'ainsi tous les mendiants condamnés à une peine quelconque, en vertu des articles compo-

sant ce paragraphe, doivent être soumis à la surveillance [1]. »

Ces motifs, quoique puisés dans la combinaison des articles du code, ne nous ont point paru sans réplique. Le législateur a divisé en trois catégories distinctes les dispositions qui sont destinées à réprimer le vagabondage et la mendicité : les deux premières sont spéciales, l'une au vagabondage, et l'autre à la mendicité; et la troisième est commune à l'un et à l'autre de ces deux délits. L'article 282 forme la dernière disposition de cette troisième catégorie; et dès lors, puisqu'il se borne à soumettre à *la surveillance les mendiants qui auront été condamnés aux peines portées par les articles précédents*, la première idée que doivent suggérer ces expressions est d'entendre par ces mots *articles précédents*, non tous les articles antérieurs du code qui se rapportent à la mendicité, mais ceux-là seuls qui sont compris dans la catégorie même que termine l'article 282. Cette idée acquiert un degré plus marqué d'évidence, si l'on étudie avec attention les termes de cet article En effet, on n'y lit point, comme dans les trois articles qui le précèdent, *tout mendiant*, mais seulement *les mendiants*; et, comme si le législateur avait craint que cette expression ne fût interprétée trop largement, il s'est hâté de la restreindre, en ajoutant : *les mendiants qui auront été condamnés aux peines portées par les articles précédents*. Donc ce ne sont pas tous les mendiants qui sont soumis à la surveillance, mais seulement ceux dont la condamnation a été prononcée en vertu des articles précédents, c'est-à-dire, dont la mendicité a été accompagnée des circonstances aggravantes prévues par les articles 277 et suivants. Car, si cette interprétation n'était pas fondée, quel serait le sens de ces mots? par quel motif auraient-ils été insérés dans la loi?

On a essayé de les expliquer; on a dit : La mendicité n'est point en elle-même un délit; la loi ne punit pas tous les mendiants : dans les lieux où les dépôts de mendicité ne sont pas établis, elle ne punit pas les mendiants invalides, les actes isolés de mendicité; elle épar-

[1] Cass. 8 oct. 1836, Journ. du dr. crim. 1836, p. 316; 28 avr. 1837, *ibid.* 1837, p. 125.

gne même le conducteur de l'aveugle, quoique mendiant d'habitude, et la famille qui accompagne son chef Il suit de là que, tous les mendiants n'étant pas punissables, l'article 282 ne pouvait les soumettre tous à la surveillance; ainsi s'expliquent les termes de cet article : la peine qu'il prononce ne pouvait s'appliquer qu'aux mendiants qui avaient été l'objet d'une condamnation. Cette explication, fournie à l'appui du système de l'arrêt, ne nous paraît pas sérieuse. Il est évident qu'un individu qui n'aurait pas commis un fait qualifié délit par la loi, ne peut être soumis à la surveillance; et il serait absurde de supposer que le législateur eût voulu aller au-devant d'une objection aussi puérile. Car c'est une règle qui n'a point d'exception, qu'une peine quelconque ne peut être appliquée qu'aux agents qui ont été l'objet d'une condamnation légale ; et d'ailleurs, supprimez les termes restrictifs de l'article, on lit encore dans son texte : *les mendiants seront renvoyés après l'expiration de leur peine*. D'où il suit que l'article, même en supprimant les termes dont le sens est contesté, ne s'appliquerait encore qu'aux mendiants qui ont subi une peine, et qui par conséquent ont été condamnés aux peines portées par le code ; donc ces termes doivent avoir une autre signification, puisqu'on ne peut supposer que, par une inutile répétition, la même pensée ait été exprimée deux fois dans le même article ; donc, enfin, ils indiquent l'idée d'une restriction de la surveillance aux articles qui précèdent, c'est-à-dire aux articles classés parmi les dispositions communes.

Le même esprit se manifestait dans l'ancien texte du code ; l'article 282 a subi, lors de la révision de ce code, le simple retranchement du mot *vagabonds*, reconnu inutile à raison de la disposition identique de l'article 271, dans lequel la surveillance était substituée à la mise à la disposition du gouvernement. Or, par quel motif le législateur eût-il prononcé contre les vagabonds, suivant l'article 282, une mesure que l'article 271 leur avait déjà appliquée, s'il n'eût, dans sa pensée, limité l'empire de l'article 282 au paragraphe des *dispositions communes?* Car, si cette explication n'était pas admise, ce serait donc surabondamment et sans nécessité que la loi eût prononcé deux fois la même peine à l'égard de la même classe

d'agents. Le code de 1810 assignait donc aux mots *articles précédents* une portée restreinte aux articles du même paragraphe, et ce sens était nécessairement le même à l'égard des mendiants comme des vagabonds. Les termes plus généraux du nouvel article 271, en ce qui concerne la surveillance, ont permis d'éviter la répétition; mais les termes et le sens de l'article 282, limités seulement aux mendiants, n'ont subi aucune altération.

Une dernière dispute de textes. La cour de cassation a remarqué que l'article 278, qui se trouve compris parmi les dispositions communes, renvoie, pour la peine à infliger, à l'article 276, ce qui indique surabondamment, suivant cette cour, et la relation qui existe entre les articles 276 et 278, et que les mêmes règles leur sont communes. On peut tirer de ce rapprochement un argument directement contraire : en effet, si le législateur n'eût voulu appliquer au cas prévu par l'article 278 d'autre peine que celle de l'article 276, il n'eût point fait un article distinct; il se fût borné à ajouter un alinéa à ce dernier article qui relate déjà trois circonstances. S'il n'a pas opéré cette réunion, s'il a placé ce cas particulier dans un article à part, c'est qu'il voulait appliquer à ce cas plus grave une peine supplémentaire, la surveillance édictée par l'article 282. Donc la mendicité, lorsqu'elle se produit avec les seules circonstances que l'article 276 a mentionnées, n'entraîne pas la surveillance.

997. Dégageons maintenant la question de ces textes, et recherchons la raison de la loi. Nous le savons, les mendiants ont toujours été l'objet d'une surveillance active de la part de la police administrative; on suit les traces et on trouve les règles de son action dans les lois des 22 décembre 1789-janvier 1790, 16-26 mars 1790, 30 mai-13 juin 1790, 19-22 juillet 1791, 12 messidor an V, etc. Or la cour de cassation a douté que le législateur de 1810 ait voulu abdiquer cette surveillance à l'égard d'une classe considérable de mendiants; elle a pensé que la seule innovation avait été de la faire découler, non plus de la seule volonté de l'administration, mais d'un jugement de condamnation, et que l'art. 282 forme le dernier anneau de cette chaîne de dispositions qui étrei-

gnaient la mendicité dans leurs liens étroits. Il nous semble qu'on confond ici deux choses fort distinctes : la surveillance administrative que les lois que nous avons citées ont voulu faire peser sur tous les mendiants, surveillance toute morale, toute préventive, que l'autorité doit exercer sans qu'elle touche et blesse celui qui en est l'objet; et la surveillance de la haute police, dont le caractère est nécessairement répressif, et qui ne peut être appliquée qu'aux agents qu'un jugement a placés dans un état de suspicion légitime. De ce que la loi a voulu que l'autorité administrative intervienne pour surveiller les personnes qui se livrent à la mendicité, pour prévenir leurs écarts, il ne peut résulter en aucune manière que ces personnes doivent être indistinctement soumises à cette dernière surveillance. La mesure préventive continue à s'étendre sur tous. La mesure répressive ne s'appesantit que sur ceux dont les délits ont excité les justes défiances de la police. Ainsi l'article 282 n'a point été destiné à devenir la sanction de toutes les dispositions qui ont recommandé les mendiants à la vigilance de l'administration. Il ne faut y voir qu'une disposition purement pénale réservée aux plus coupables de ces agents, le complément d'une peine prononcée à raison d'un délit, et qui n'aggrave la position que de ceux dont le délit a été accompagné des circonstances les plus aggravantes.

Les simples faits de mendicité, d'ailleurs, quand ils sont dépouillés de ces circonstances, motivent-ils donc une mesure aussi rigoureuse? Tous les vagabonds y sont soumis; mais la surveillance est une mesure spéciale pour le vagabondage; un rapport intime l'unit étroitement à ce délit; elle s'attache aux pas errants d'un agent qui n'a point d'asile; elle place la défense à côté du péril; elle restreint le droit dont le vagabondage est l'abus. La mendicité, quand elle n'est pas accompagnée des circonstances qui l'aggravent, peut dans certains cas manifester une plus grande immoralité, mais elle ne réclame pas les mêmes précautions. Le mendiant a un domicile certain; il peut posséder un métier ou des moyens de subsistance; l'acte auquel il s'est livré peut n'être qu'un acte isolé, produit par une cause accidentelle et qui ne doit pas se renouveler. Or ce fait, ainsi

simplifié, et que l'art. 274 comprend dans ses termes, justifierait il le mesure de la surveillance? Où serait le danger social qui peut légitimer son application? où seraient les indices de la perversité de l'agent? Il était impossible que le législateur ne traçât pas une ligne de démarcation : il ne pouvait, sans exagérer la pénalité, l'appliquer sans distinction à tous les faits de mendicité; quelques-uns de ces faits constituent plutôt une infraction matérielle qu'un délit moral; les autres, au contraire, constituent un délit très-grave. Une distinction indiquée par la matière s'élevait d'elle-même; le législateur devait la saisir, et c'est ce qu'il a fait. Sa décision est conforme à la nature des choses, conforme aux principes du droit pénal. La peine qu'il a édictée s'élève graduellement selon la gravité des faits et la moralité des agents. Si cette gradation n'existait pas, nous eussions émis le vœu de son insertion. Comment ne l'eussions-nous donc pas défendue quand elle est formelle dans la loi? Comment ne l'eussions-nous pas protégée contre les difficultés de textes qui peuvent obscurcir momentanément, mais qui ne sauraient voiler la véritable pensée du législateur? Nous espérons que la jurisprudence, qui a longtemps hésité dans la nouvelle voie où elle s'est jetée, reprendra le principe qu'elle a abjuré et relèvera la distinction juste et vraie qu'elle a méconnue.

998. [[La cour de cassation a néanmoins continué d'appliquer une interprétation qui a eu besoin de nombreux arrêts pour se maintenir. Un arrêt des chambres réunies du 22 janvier 1838 déclare, après avoir reproduit les motifs de l'arrêt du 8 octobre 1836, que nous avons transcrit ci-dessus, « que cette interprétation est conforme à l'intention du législateur, manifestée dans l'exposé des motifs du code pénal présenté en 1810 au corps législatif; qu'en effet les dispositions du code pénal sont intervenues postérieurement au décret du 5 juillet 1808 sur l'abolition de la mendicité, et qu'elles ont eu pour objet d'atteindre le même but; qu'alors l'assimilation des mendiants aux vagabonds a été admise en principe, et que la mesure de la mise à la disposition du gouvernement, changée par la loi du 28 avril 1832 en celle du renvoi sous la surveillance de la haute po-

lice, était commune aux uns et aux autres; que d'ailleurs celui qui mendie en usant de menaces ou en entrant sans permission dans une habitation, ou en simulant des plaies ou infirmités, ou en réunion avec des personnes qui lui sont étrangères, cas prévus par l'article 276, est visiblement, quant à la nécessité de la surveillance, dans la même position que celui qui aurait commis le même délit avec la circonstance prévue par l'article 278 d'avoir été porteur d'un ou de plusieurs effets d'une valeur supérieure à 100 francs, et qui ne justifierait pas d'où ils proviennent; que la loi inflige la même peine à chacun d'eux[1]. » Cette doctrine a dû être répétée par treize arrêts de la chambre criminelle avant que l'opposition qu'elle a suscitée fût aplanie[2].]]

[1] Cass. ch. réun. 22 janv. 1838, Bull. nº 21.

[2] Cass. 9 mars 1838, Bull. nº 60; 21 mars 1838, Bull. nº 78; 6 avril 1838, Bull. nº 96; 3 mai 1838, Bull. nº 118; 17 mai 1838, Bull. nº 127; 26 juin 1838, Bull. nº 181; 24 nov. 1838, Bull. nº 368; 13 fév. 1839, Bull. nº 63; 12 avr. 1839, Bull. nº 120; 25 mars 1843, Bull. nº 67; 2 déc. 1843, Bull. nº 298, 21 sept. 1849, Bull. nº 253; 14 août 1852, Bull. nº 284.

CHAPITRE XLIV.

PUBLICATION OU DISTRIBUTION D'ÉCRITS OU GRAVURES SANS NOMS D'AUTEUR, IMPRIMEUR OU GRAVEUR.

(*Commentaire des art.* 283 *à* 290 *du Code pénal.*)

999. Il ne s'agit point des lois pénales de la presse, qui sont en dehors du code.
1000. Objet des art. 283 et suivants.
1001. Délit de distribution d'écrits sans indication des noms de l'auteur et de l'imprimeur (art. 283).
1002. Modifications apportées par les articles 17 et 18 de la loi du 21 octobre 1814.
1003. Condition d'une participation faite sciemment à la distribution.
1004. Cas où le délit est réduit aux proportions d'une simple contravention (art. 284).
1005. Limites de l'application actuelle des art. 283 et 284.
1006. Complicité légale des distributeurs, lorsque l'écrit est répréhensible (article 285).
1007. Cas d'excuse tirée de la dénomination du nom de l'auteur.
1008. Cas où l'imprimeur est responsable.
1009. De la confiscation des exemplaires saisis (art. 286).
1010. Application des mêmes dispositions à la distribution des écrits ou images contraires aux bonnes mœurs (art. 287 et 288).
1011. Application du maximum de la peine à l'auteur quand il est connu (article 289.)
1012. Lois qui régissent la profession de crieur ou de distributeur d'écrits (art. 290).
1013. Examen de l'art. 6 de la loi du 27 juillet 1849 sur la distribution et le colportage d'écrits.
1014. Éléments du délit de colportage; règles qui lui sont applicables.

---

999. Nous n'avons point le dessein de comprendre dans cet ouvrage l'examen des lois pénales de la presse. Ces lois, nées depuis la promulgation de notre code, ne forment pas même un appendice à ses dispositions : elles constituent un corps spécial et complet de législation créé en dehors du code et indépendant de ses principes.

Cette législation, soumise à des règles particulières, est animée d'une vie qui lui est propre ; elle tend incessamment, dominée par la nature des faits qu'elle réprime, et par les circonstances politiques qu'elle réfléchit, à isoler ses dispositions des dispositions communes, à se créer des principes à part ; enfin, les délits qu'elle prévoit ne sont point empruntés à la loi ordinaire, ils n'étaient point pour la plupart compris dans les dispositions du code, ils sont nés d'un nouvel ordre politique ; les rédacteurs du code n'avaient pu les prévoir.

Cette législation est donc complétement étrangère à notre matière, et nous en eussions rompu l'unité si nous avions entrepris de l'examiner. car cet examen nous eût fait développer une autre théorie et d'autres principes que les principes et la théorie du code pénal. Ainsi, et quoiqu'il existe un lien de connexité entre le délit commis par le fait extérieur de la distribution d'écrits ou de gravures, et le délit qui résulte du contenu même de ces gravures et de ces écrits, fidèles à notre plan, nous nous sommes renfermés dans les limites du code, et nous sommes restés dans le cercle étroit que trace le titre de ce chapitre.

1000. Les articles 283 à 290, premiers fondements peut-être d'une législation qui a acquis depuis un si grand développement, n'offrent plus aujourd'hui que des textes à demi détruits ; chacune des lois qui se sont succédé sur cette matière les a touchés en passant ; tour à tour altérés dans leur sens, modifiés dans leur texte, abrogés même en partie, leur existence est incertaine, leur autorité vacillante ; on ne sait dans quelle partie on peut les invoquer encore, dans quelle partie ils n'ont plus de puissance. Ce que, dans cet état, nous devons nous proposer, c'est d'abord de développer le but que les rédacteurs du code ont voulu atteindre dans ces articles ; ensuite, de fixer leur valeur actuelle et l'autorité qui est demeurée à chacun d'eux.

Le but du législateur a été de remonter à l'auteur des écrits ou gravures pour lui en faire supporter la responsabilité ; mais il ne

s'est appliqué dans ces articles qu'au moyen d'arriver à cette découverte : « Sans rien préjuger, dit l'exposé des motifs, sur les mesures d'un autre ordre que l'on pourrait prendre contre certains ouvrages dont la circulation serait dangereuse, il est dès ce moment et il a toujours été reconnu que l'émission d'un ouvrage entraîne une juste responsabilité, toutes les fois qu'il nuit soit à l'ordre public, soit à des intérêts privés. Mais l'on n'a pas jusqu'à présent tiré de ce principe toutes les conséquences qui en dérivaient naturellement : la première, sans doute, est que celui qui imprime ou fait imprimer doit se faire connaître ; car, que deviendrait sans cela la responsabilité dans tous les cas où il pourrait échoir de l'appliquer? Dans tout système qui ne dégénère point en licence, l'on ne saurait se plaindre d'une telle obligation : si l'ouvrage est bon, ce n'est point une gêne sensible ; s'il est dangereux ou nuisible, cette obligation devient un frein utile. Disons donc que la société a de justes et grandes raisons pour connaître celui qui est responsable : et l'auteur, timide ou modeste, n'a pas voulu se nommer, le même motif n'existe pas pour l'imprimeur ; l'alternative laissée sur ce point répond à toutes les objections que l'on pourrait élever dans l'intérêt des lettres. Ce qui importe surtout, c'est qu'il y ait au moins une personne responsable, qu'elle soit connue, et que par ce moyen on puisse, le cas échéant, exercer toutes les actions ou poursuites que réclamerait l'ordre public. Ainsi, puisqu'il est utile que tout ouvrage littéraire porte le nom de son auteur ou de l'imprimeur, la loi peut l'ordonner; et, par une juste et immédiate conséquence de cette première disposition, elle pourra prohiber la distribution de tous ouvrages qui ne seraient point revêtus de ce caractère. Si donc on colporte un ouvrage sans nom d'auteur ni d'imprimeur, le colporteur pourra être immédiatement saisi, et, pour cette seule contravention, puni de peines correctionnelles. »

Ces paroles expliquent clairement la pensée du législateur de 1810. Ce qui excitait sa sollicitude, c'étaient les écrits anonymes; car, à cette époque, ce n'était que dans de tels écrits que la pensée perçait

librement. Il veut donc par tous les moyens déchirer le voile de cette anonymie; il veut du moins, s'il n'arrive pas jusqu'à l'auteur, trouver une personne responsable, et s'il s'attaque au distributeur, qui n'est qu'un instrument matériel, c'est parce qu'il est plus facile de l'atteindre, c'est parce que, à l'aide de ce distributeur, on peut remonter jusqu'à l'imprimeur et même jusqu'à l'auteur. Il ne s'agit donc point d'atteindre les délits contenus dans l'écrit ou la gravure, mais de les prévenir en exigeant que cet écrit ou cette gravure ne se produisent que sous la responsabilité d'un citoyen. La loi demande une garantie contre cette distribution ; si elle est coupable, elle veut que son auteur soit atteint; à défaut de l'auteur, elle s'arrête à l'imprimeur; à défaut de ce dernier, le distributeur est soumis à la même garantie. Voilà le système du code.

1001. Le délit de distribution s'applique soit aux écrits, soit aux gravures. L'article 283 s'occupe des premiers; il est ainsi conçu : « Toute publication ou distribution d'ouvrages, écrits, avis, bulletins, affiches, journaux, feuilles périodiques ou autres imprimés, dans lesquels ne se trouvera pas l'indication vraie des noms, profession et demeure de l'auteur ou de l'imprimeur, sera, pour ce seul fait, punie d'un emprisonnement de six jours à six mois, contre toute personne qui aura sciemment contribué à la publication ou distribution. »

La loi ne définit ni la *publication* ni la *distribution*. La publication se constitue par le fait de la distribution; mais il faut distinguer : un seul fait de distribution peut suffire pour l'établir. Il n'en est pas ainsi de la distribution : celle-ci suppose nécessairement la remise de plusieurs exemplaires; la communication d'un imprimé à une seule personne ne constituerait pas le délit de distribution; elle suppose l'intention de le répandre; c'est cette intention qui forme la moralité du délit.

[[Ainsi le seul fait d'avoir présenté une pétition à des personnes dont on voulait obtenir la signature ne rentre pas dans les termes de l'art. 283, bien que cette pétition fût imprimée et que, détachée d'un journal, mais formant un écrit distinct et séparé, elle fût soumise à

l'indication prescrite par cet article, car ce fait ne constitue ni une publication, ni une distribution dans le sens de la loi [1].]]

Les expressions *ouvrages, écrits, avis, bulletins, affiches, journaux, feuilles périodiques, ou autres imprimés*, sont employées concurremment pour comprendre toutes les espèces d'écrits *imprimés*. Cela résulte formellement et de ces mots *ou autres imprimés*, qui assignent évidemment ce caractère aux ouvrages dont la désignation précède, et du texte des articles 284, 285 et 290, qui, quoique se référant à l'article 283, comprennent tous les ouvrages, qu'il indique, sous la seule expression d'écrits *imprimés*. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un écrit *non imprimé*, le seul fait de la publication ou de la distribution de cet écrit ne peut constituer aucun délit; la responsabilité du distributeur ne pourrait naître que dans le cas où l'écrit renfermerait quelque crime ou quelque délit : il faudrait prouver alors qu'il avait connaissance de ce contenu, qu'il a agi sciemment, et il pourrait être réputé complice.

1002. Mais la publication ou la distribution de l'écrit imprimé n'est un délit, dans les termes de l'article 283, qu'autant que cet écrit ne porte pas *l'indication vraie des noms, profession et demeure de l'auteur ou de l'imprimeur;* c'est la circonstance principale, le fait matériel du délit. Il semble résulter de l'expression de la loi que ce délit n'existe que lorsque l'indication se trouve fausse; mais l'absence de toute indication le constituerait également. Car, ainsi que l'a remarqué M. Chassan [2], lorsque la loi exige une indication vraie, elle exige une indication; ce serait donc contrevenir à ses termes que de n'en donner aucune. Une deuxième observation s'applique aux nom et demeure de l'imprimeur : tous les distributeurs qui ne sont ni imprimeurs ni libraires ne sont soumis à aucune poursuite, si, à défaut de l'indication de l'imprimeur, l'auteur est nommé : la loi n'exige que l'une ou l'autre de ces désignations. Mais cette disposition a été modifiée, en ce qui concerne les imprimeurs eux-mêmes et les libraires,

[1] Cass. 24 janv. 1851, Bull. n° 33; 10 mai 1851, Bull. n° 179.

[2] Traité des délits et contraventions de la parole, t. 1, p. 467.

par les articles 17 et 18 de la loi du 21 octobre 1814 : ces articles établissent une rigoureuse obligation, pour ces deux professions, de n'imprimer ou de ne vendre aucun ouvrage où la demeure et le nom de l'imprimeur ne seraient pas indiqués. Le distributeur qui aurait la qualité d'imprimeur ou de libraire ne serait donc pas justifié par cela seul que l'ouvrage indiquerait le nom de l'auteur ; il resterait passible des peines portées par la loi du 21 octobre 1814. Ainsi l'art. 283 se trouve remplacé par ces dispositions, à l'égard des distributeurs qui exercent l'une ou l'autre de ces deux professions ; mais cette abrogation n'est relative qu'au cas où aucune indication n'existe : si l'ouvrage porte une indication, mais qu'elle soit fausse, l'art. 283 reprend son empire, et le délit rentre dans ses dispositions.

1003. Une dernière condition du délit est que l'agent ait contribué *sciemment* à la publication ou à la distribution des écrits qui sont désignés. Ce mot ne veut pas dire que le publicateur doit connaître le contenu de l'écrit, mais seulement qu'il doit savoir, en le distribuant, que cet écrit ne porte aucune désignation de l'auteur ou de l'imprimeur, ou que cette désignation est fausse. Ainsi, lorsque l'ouvrage porte une indication, et qu'il a pu croire cette indication vraie, il n'y a pas lieu de le punir. Ce point fut reconnu dans la discussion du code ; le mot *sciemment* n'existait pas dans le projet, la commission du corps législatif proposa de l'ajouter : « Comme il pourrait arriver, porte son rapport, qu'un individu contribuât à la distribution d'un écrit dans lequel on ne trouverait pas une indication véritable des noms de l'auteur et de l'imprimeur, et qu'il n'eût aucune connaissance de la fausseté de l'indication, il serait juste d'insérer le mot *sciemment*. » Cet amendement fut adopté par le conseil d'État.

1004. Ces diverses conditions du délit sont modifiées, et le délit lui-même prend le caractère d'une simple contravention, dans trois cas que l'article 284 énumère. Cet article porte en effet : « Cette disposition sera réduite à des peines de simple police, 1° à l'égard des crieurs, afficheurs, vendeurs ou distributeurs qui auront fait connaître la personne de laquelle ils tiennent l'écrit imprimé ; 2° à

l'égard de quiconque aura fait connaître l'imprimeur; 3° à l'égard même de l'imprimeur qui aura fait connaître l'auteur. »

Le bénéfice des deux premiers paragraphes de cet article ne peut plus être invoqué par les distributeurs qui auraient la qualité de libraire ; car l'article 19 de la loi du 21 octobre 1814, qui punit d'une amende de 2,000 francs tout libraire convaincu d'avoir distribué un ouvrage sans nom d'imprimeur, ajoute : « L'amende sera réduite à 1,000 francs, si le libraire fait connaître l'imprimeur. » Ainsi, d'une part, la désignation de l'auteur n'effacerait plus la contravention résultant de l'omission de celle de l'imprimeur ; et, d'une autre part, le libraire qui ferait connaître le nom de l'imprimeur ne pourrait plus réclamer d'autre faveur, à raison de sa déclaration, que la réduction à moitié de l'amende encourue. Quant au troisième paragraphe de l'article 284, relatif à l'imprimeur, son abrogation est évidente. En effet, d'après les articles 15 et 16 de la loi du 21 octobre 1814, l'imprimeur devient coupable par cela seul qu'il n'a pas indiqué, sur l'imprimé sorti de ses presses, son nom et sa demeure; il ne saurait donc, d'après cette contravention commise, puiser une excuse dans l'indication ultérieure du nom de l'auteur; cette indication ne suffit plus pour le justifier. C'est aussi dans ce sens que ces deux points ont été résolus par M. Parant [1]. Il suit de là que l'article 284, abrogé dans son dernier paragraphe et modifié dans les deux premiers, en ce qui concerne les libraires, n'a conservé d'autorité que relativement aux distributeurs qui ne sont pas libraires ni imprimeurs.

1005. Et cette autorité, maintenue à l'égard de ces distributeurs, n'a-t-elle pas été effleurée de nouveau par les lois des 10 décembre 1830 et 16 février 1834, qui ont réglé la profession des crieurs et des afficheurs? Nullement. Ces lois ont soumis à des conditions et à des formes nouvelles l'exercice de la profession d'afficheur ou de crieur : l'article 284, de même que l'article 283, dont il n'est que le complément, n'a eu qu'un seul but, de proscrire la distribution des

[1] Lois de la presse, p. 55 et 57.

écrits anonymes. Ainsi les infractions prévues par ces dispositions différentes sont extrêmement distinctes et ne peuvent se confondre ; il suffit que le distributeur soit dénué d'autorisation, pour rentrer dans les termes répressifs de la loi du 16 février 1834 ; mais, fût-il muni de cette autorisation, les articles 283 et 284 l'atteindraient, si l'imprimé qu'il distribue ne porte les noms ni de l'auteur ni de l'imprimeur ; c'est là une contravention spéciale que les lois postérieures n'ont point effacée.

L'art. 284 encourage et récompense la délation. Les motifs de cette disposition sont consignés dans la discussion du code. « Que sont ordinairement, disait M. Berlier, les colporteurs d'écrits? des pauvres gens, qui trouvent dans ce métier facile deux ou trois francs à gagner par jour : ce sont des instruments qu'il convient de disperser, et même de punir, mais avec discrétion; c'est la tête qu'il faut atteindre, et l'imprimeur, s'il est découvert, conduira lui-même à l'auteur : c'est ainsi que, d'échelon en échelon, on atteindra le but en frappant ou ménageant les coups, non-seulement d'après les circonstances particulières de chaque affaire, mais aussi d'après les principes qui ont l'intérêt social pour base. » Le même orateur avait même proposé d'exempter dans ce cas les distributeurs de toutes peines : « Il faut, disait-il, bien fixer le but politique; ce qui importe, c'est d'arriver à l'auteur par des révélations. C'est peut-être une question que de savoir s'il ne vaudrait pas mieux exempter de toutes peines ces espèces de machines qui colportent ou distribuent ce que souvent elles ne connaissent pas, quand elles désignent l'homme qu'il est utile d'atteindre. » M. de Ségur combattit cette opinion, en faisant remarquer que la révélation du nom de l'auteur ne faisait pas disparaître la contravention résultant du fait de la distribution; que la peine pouvait être légère, mais qu'il en fallait une.

1006. Le même système se développe avec plus de puissance dans l'article 285, qui ne s'arrête plus au fait matériel de la distribution, et qui fait descendre sur le distributeur la criminalité dont l'écrit est empreint ; cet article est ainsi conçu : « Si l'écrit imprimé contient quelques provocations à des crimes ou délits, les crieurs,

afficheurs, vendeurs et distributeurs, seront punis comme complices des provocateurs, à moins qu'ils n'aient fait connaître ceux dont ils tiennent l'écrit contenant la provocation. En cas de révélation, ils n'encourront qu'un emprisonnement de six jours à trois mois, et la peine de complicité ne restera applicable qu'à ceux qui n'auront pas fait connaître les personnes dont ils auront reçu l'écrit imprimé, et à l'imprimeur s'il est connu. »

Cet article se divise en deux parties; il énonce deux principes distincts. Le premier de ces principes, qui déclare le distributeur complice de l'auteur de l'écrit, n'appartient point à notre droit moderne. La loi romaine, en punissant les libelles injurieux, ajoutait à l'égard des distributeurs : *eàdem pœnâ tenetur et qui emendum vendendumve curaverit*[1]; et cette assimilation était considérée comme une règle constante par les docteurs[2]. Notre ancienne législation l'avait adoptée : l'ordonnance du 17 janvier 1561, art. 13, les lettres patentes du 10 septembre 1563, l'article 77 de l'ord. de Moulins, enfin les édits des 16 avril 1571, 7 sept. 1577, art. 14, janv. 1629, art. 179, et le règlement du 28 févr. 1723, art. 99, confondaient dans la même peine les auteurs, imprimeurs, vendeurs et distributeurs : « Non-seulement les auteurs et compositeurs de ces libelles, dit Jousse, sont coupables de ce crime, mais aussi ceux qui les débitent, publient, impriment, affichent et exposent en vente. »

L'art. 285 n'applique ce principe qu'avec une certaine restriction : il ne s'agit, dans l'espèce qu'il prévoit, que des distributeurs des libelles qui ne portent les noms ni de l'auteur ni de l'imprimeur. Il se réfère, en effet, en ce qui concerne la nature de *l'écrit imprimé*, aux articles qui le précèdent : il punit une espèce plus grave, mais elle est puisée dans la même hypothèse. L'art. 1er de la loi du 17 mai 1819 a posé depuis la même règle en termes plus explicites et plus

[1] L. 5, n° 10, Dig. de injuriis et famosis libellis.

[2] Julius Clarus, quæst. 68, n° 64. Perezius in tit. de famosis libellis, Cod. n° 2. Farinacius, quæst. 105, n° 458.

étendus, en déclarant complice quiconque, par des écrits, des imprimés, des dessins, des gravures, vendus ou distribués, mis en vente ou exposés, a provoqué l'auteur d'une action réputée crime ou délit à la commettre. Cette loi postérieure a-t-elle abrogé le 1er § de l'article 285? On pourrait soutenir plutôt qu'elle l'a confirmé, puisqu'elle exprime, seulement en lui donnant plus de puissance, la même disposition. Cette question, au surplus, n'a aucun intérêt.

1007. Le deuxième paragraphe du même article renferme, au contraire, une disposition spéciale que la loi du 17 mai 1819 n'a point reproduite : le distributeur n'est considéré comme complice qu'autant qu'il n'a point dénoncé celui duquel il tient l'écrit, *quia cùm auctorem non prodat ipse auctor præsumitur* [1]. La révélation de ce premier agent devient donc ici encore une cause d'excuse en faveur du distributeur. Nous avons dit plus haut l'intérêt politique qui a dicté cette disposition; il est évident qu'elle doit encore être appliquée, et que, dans le cercle étroit tracé par le code pénal, le distributeur doit jouir du bénéfice dû à sa révélation.

Toutefois il ne faudrait pas voir dans l'article 285 une rigoureuse alternative entre la complicité du distributeur et l'excuse qu'il puise dans la délation. De cela seul qu'il n'a pas dénoncé la personne qui lui a remis l'écrit provocateur, on ne saurait induire la preuve de sa complicité; cette complicité n'est encore qu'une présomption; seulement cette présomption le place en état de prévention. La complicité suppose nécessairement la connaissance de la provocation et l'intention de la propager; il ne suffit donc pas, pour que le distributeur soit responsable du contenu de l'écrit, qu'il l'ait répandu; il faut qu'en le distribuant il ait agi avec connaissance.

1008. Le même article donne lieu à une dernière observation : la disposition qui le termine réserve contre l'imprimeur, s'il est connu, les peines de la complicité. Or il est nécessaire de rappeler qu'aux termes de l'article 24 de la loi du 17 mai 1819, l'imprimeur, si l'auteur est connu et mis en cause, ne peut être poursuivi comme com-

[1] Perezius, Prælectiones, t. 2, p. 208.

plice que dans le cas où il aurait agi sciemment La disposition de l'article 285 n'a donc d'autorité que pour le cas où la poursuite est dirigée contre un écrit anonyme : c'est aussi là l'espèce que le code pénal avait seule voulu prévoir.

1009. Aux trois articles que nous venons de parcourir, l'article 286 ajoute, par une disposition générale, une peine additionnelle; cet article porte en effet : « Dans tous les cas ci-dessus, il y aura confiscation des exemplaires saisis. » Cette disposition a soulevé plusieurs difficultés. M. Parant a émis l'opinion qu'elle avait été abrogée, en ce qui concerne les imprimeurs et les libraires, par la loi du 21 octobre 1814, qui ne prononce, dans les divers cas qu'elle prévoit, que le séquestre des exemplaires, lesquels seront restitués après le payement des amendes [1]. M. Chassan s'est borné, pour combattre cette opinion, à faire remarquer que l'article 18 de la loi du 21 octobre 1814 et l'article 286 du code pénal avaient prévu deux contraventions distinctes : là, l'absence de toute indication; ici, la fausse indication de l'imprimeur ; et que les deux dispositions ne sont pas contradictoires, puisqu'elles s'appliquent à des cas différents [2]. Cette réponse ne nous semblerait pas satisfaisante, puisqu'à nos yeux l'absence de l'indication vraie équivaut à l'absence de toute indication, et que dès lors ces deux contraventions se confondraient dans une seule. Mais nous ajouterons que ce qui sépare les deux espèces, c'est que, dans le système de la loi de 1814, il s'agit des productions de la pensée en général, tandis que, dans celui du code, il ne s'agit que des productions clandestines. « Dans la combinaison de ces mesures, porte l'exposé des motifs, il n'y a rien qui soit dirigé contre le sage emploi des lettres, mais seulement contre les productions clandestines. » C'est dans cette différence des faits qu'il faut chercher la différence des dispositions et la raison de leur coexistence simultanée.

Mais M. Chassan, après avoir combattu l'avis de M. Parant,

[1] Lois de la presse, p. 55.

[2] Traité des délits de la parole, p. 465.

prétend à son tour que l'article 286 ne doit plus être appliqué, non que la loi du 21 octobre 1814 l'ait abrogé, mais parce qu'il serait contraire à la charte, qui abolit la confiscation [1]. Nous ne saurions partager cette opinion. Il ne s'agit point ici de la confiscation générale que la charte a abolie, mais de la confiscation spéciale de l'instrument du délit. L'orateur du corps législatif a fait connaître l'esprit de cette mesure : « Dans tous les cas, a-t-il dit, les exemplaires seront saisis et confisqués. Non-seulement les écrits peuvent troubler la paix publique, mais l'exposition ou la distribution des figures et images contraires aux bonnes mœurs peuvent produire les mêmes effets, et la loi doit, en les proscrivant, punir ceux qui contreviendraient à ses défenses. Cette confiscation a pour but principal l'anéantissement du délit même, et elle est plutôt une précaution qu'une augmentation de châtiment. » C'est dans le même esprit et pour atteindre le même but que l'article 26 de la loi du 26 mai 1819 a prescrit la destruction des exemplaires saisis.

1010. Les dispositions qui viennent de faire l'objet de notre examen sont à peu près reproduites dans les articles 287 et 288; seulement l'objet de leur application n'est plus le même : ce n'est plus aux ouvrages, aux écrits, aux journaux clandestins, que la loi les étend, c'est aux chansons, pamphlets, figures et images contraires aux bonnes mœurs Ces articles sont ainsi conçus : « Art. 287. Toute exposition ou distributions de chansons, pamphlets, figures ou images contraires aux bonnes mœurs, sera punie d'une amende de seize francs à cinq cents francs, d'un emprisonnement d'un mois à un an, et de la confiscation des planches et des exemplaires, imprimés ou gravés, de chansons, figures ou autres objets du délit. — Art. 288. La peine d'emprisonnement et l'amende prononcées par l'article précédent seront réduites à des peines de simple police : 1° à l'égard des crieurs, vendeurs ou distributeurs qui auront fait connaître la personne qui leur a remis l'objet du délit ; 2° à l'égard de quiconque aura fait connaître l'imprimeur ou le graveur ; 3° à l'égard

[1] Traité des délits de la parole, p. 469.

même de l'imprimeur ou du graveur qui aura fait connaître l'auteur ou la personne qui les aura chargés de l'impression ou de la gravure »

Ces deux articles ont éprouvé un sort différent. L'article 287 se trouve implicitement abrogé par l'article 8 de la loi du 17 mai 1819 ; en effet, ce dernier article punit d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de seize à cinq cents francs, tout outrage à la morale publique et religieuse ou aux bonnes mœurs, par l'un des moyens énoncés en l'article 1er. Or cet article premier de la loi du 17 mai comprend dans sa nomenclature les moyens de publication énoncés dans l'article 287. Il s'ensuit que cette dernière disposition s'est évidemment confondue dans l'article 8 de la loi du 17 mai, et ne saurait plus dès lors être invoquée séparément. Mais cette abrogation ne s'est point étendue à l'article 288. Le bénéfice de cet article doit continuer d'atteindre les personnes qu'il désigne, puisque nulle disposition d'une loi postérieure ne les a punies. Toutefois, il importe de remarquer d'abord que la délation faite par les crieurs, vendeurs ou distributeurs, ne les excuse que de la peine principale du délit, et non de la contravention qu'ils auraient commise en criant ou en distribuant l'écrit ou la gravure sans autorisation (loi du 16 février 1834, et art. 20 loi du 9 sept. 1835) ; en deuxième lieu, que le deuxième paragraphe de l'article ne peut recevoir d'application qu'au cas où l'imprimeur ou le graveur est inconnu ; enfin, que le troisième paragraphe du même article ne peut être appliqué à l'imprimeur qui a fait connaître l'auteur ou la personne qui l'a chargé de l'impression, qu'autant que cet imprimeur aurait lui-même exposé ou distribué les écrits contraires aux mœurs, ou qu'il les aurait imprimés avec connaissance de leur caractère et de la publicité à laquelle ils étaient destinés. Cette restriction est la conséquence de l'article 24 de la loi du 17 mai 1819.

1011. Nous avons vu, dans les dispositions que nous avons parcourues, que la loi, en poursuivant la distribution des écrits anonymes, s'est toujours proposé pour but de remonter jusqu'à leur auteur : lorsque celui-ci est découvert, la plus forte peine pèse sur lui. L'article 289 porte : « Dans tous les cas exprimés en la présente

section et où l'auteur sera connu, il subira le maximum de la peine attachée à l'espèce du délit. » La question de savoir si cet article est encore en vigueur, s'il peut être invoqué contre l'auteur, a été examinée par M. Parant, qui décide que son abrogation implicite et formelle résulte nécessairement des dispositions de la loi du 17 mai 1819 [1]. M. Chassan se range formellement à cette opinion [2]. Nous proposons une distinction à cet égard. Nous avons vu que, parmi les articles qui font l'objet de ce chapitre, les uns sont encore en vigueur, les autres ont été remplacés par des dispositions ultérieures. Or il n'est pas douteux que l'article 289 ait cessé de régir ces dispositions nouvelles; car il ne s'étend *qu'aux cas exprimés en la présente section;* il renferme son empire dans les limites du code. Les lois postérieures présentent un système complet de pénalité : ce système est indépendant de celui du code, et l'on ne saurait admettre que, tout en en faisant l'application, on dût puiser une raison d'aggravation dans une disposition du code qui appartient à un autre ordre de pénalité. Aussi, dans les cas où la loi du 17 mai 1819 a remplacé les articles du code, et notamment dans les cas prévus par le premier paragraphe de l'article 285 et par l'article 287, nous n'hésitons point à croire que l'article 289 est implicitement abrogé. Mais nous ne saurions admettre cette abrogation dans les cas où les dispositions du code auxquelles l'article 289 se réfère seraient encore en vigueur. Pourquoi, par exemple, cette abrogation aurait-elle lieu en ce qui concerne l'article 283? L'article 289 est le complément nécessaire de cet article. En effet, il ne faut point perdre de vue que l'objet unique du code a été d'atteindre la distribution clandestine des écrits anonymes; c'est dans ce but qu'il a successivement frappé les distributeurs et les imprimeurs eux-mêmes; c'est encore dans ce but qu'il les excuse dès qu'ils révèlent le nom de l'auteur. La conséquence de la théorie du code était d'appliquer à ce dernier, dès qu'il était connu, le maximum de la peine : or, si cette théorie a été modifiée par les

[1] Lois de la presse, p. 78.

[2] Traité des contraventions et délits de la parole, p. 294.

lois postérieures, qui peuvent abroger une partie des dispositions qu'elle régissait, elle n'a donc point cessé de régir celles des dispositions qui sont restées en vigueur. Ainsi, lorsqu'il s'agit de la simple distribution d'un écrit sans nom d'auteur ni d'imprimeur, et que l'auteur qui a sciemment participé à cette distribution vient à être connu, il doit nécessairement encourir le maximum de la peine portée par l'article 283, qui peut toutefois être tempérée par l'article 463. Nulle disposition de la législation ne fait obstacle à cette aggravation de la peine, et cette application particlle de l'article 289 justifie le législateur, lorsqu'il proclamait, dans les discussions de la loi du 17 mai 1819, que cette loi *ne dérogeait point à la section 6, tit. 1er, livre 3 du code pénal*[1]. Les dispositions de cette section restaient, en effet, toujours debout, mais dans les limites du code, mais relativement au cas qu'il continuait de prévoir; telle était la pensée qui réservait alors leur force légale.

1012. Il nous reste à parler d'une disposition particulière, indépendante de toutes celles qui précèdent, et qui ne s'y rattache que par la qualification du délit. Là, en effet, il s'agissait de la distribution des écrits répréhensibles et dépourvus des noms de l'auteur ou de l'imprimeur; il s'agit maintenant de la distribution de tout écrit même innocent, et revêtu de toutes les formes prescrites par la loi; le délit n'est plus dans le fait de la distribution elle-même, mais dans le défaut de l'autorisation qui a dû précéder cette distribution. L'article 290, qui servait de sanction à la loi du 5 nivôse an V sur les crieurs publics, était ainsi conçu : « Tout individu qui, sans y avoir été autorisé par la police, fera le métier de crieur ou afficheur d'écrits imprimés, dessins ou gravures, même munis des noms d'auteur, imprimeur, dessinateur ou graveur, sera puni d'un emprisonnement de six jours à deux mois. » L'article 9 de la loi du 10 décembre 1830 a formellement abrogé cette disposition. Les crieurs, vendeurs ou distributeurs, d'après cette loi, pouvaient librement exercer leur profession sur la voie publique, après en avoir fait la déclaration devant

[1] Moniteur, séances de la chambre des députés des 10 et 19 avr. 1819.

l'autorité municipale, et avoir remis à cette autorité un exemplaire de l'écrit destribué. Ces garanties ont paru insuffisantes au législateur, et l'article 2 de la loi du 10 décembre 1830 a été remplacé par la loi du 16 février 1834, qui a reproduit les dispositions de l'art. 290, mais en les modifiant et en les complétant [1]. Cette loi, en effet, n'atteint pas seulement, comme le faisait l'article 290, tout individu *qui fera le métier* de crieur, mais tout exercice même temporaire de cette profession [2]; elle a réservé, en second lieu, à l'autorité dont l'autorisation émane, le pouvoir de la retirer; enfin, elle ne s'applique pas seulement aux crieurs, mais elle s'étend encore aux vendeurs et aux distributeurs. Ajoutons encore que l'article 2 de la loi du 10 décembre 1830 a seul été abrogé par la loi du 16 février 1834, et que les autres dispositions de cette première loi relative aux crieurs ont continué de les régir.

Telles sont les principales différences qui séparent la loi du 16 février 1834 de l'article abrogé du code pénal; nous n'entreprendrons point d'en développer le système, puisque cette loi, qui a été pendant quinze ans en vigueur, est aujourd'hui abrogée, et nous, nous arrêterons seulement aux dispositions qui régissent maintenant cette matière.

1015. [[Il est indispensable, en effet, de mentionner les lois qui

[1] Voici le texte de cette loi : « Art. 1. Nulle ne pourra exercer, même temporairement, la profession de crieur, de vendeur ou de distributeur, sur la voie publique, d'écrits, dessins ou emblèmes imprimés, lithographiés, autographiés, moulés, gravés ou à la main, sans autorisation préalable de l'autorité municipale. Cette autorisation pourra être retirée. Les dispositions ci-dessus sont applicables aux chanteurs sur la voie publique. — Art. 2. Toute contravention à la disposition ci-dessus sera punie d'un emprisonnement de six jours à deux mois pour la première fois, et de deux mois à un an en cas de récidive. Les contrevenants seront traduits devant les tribunaux correctionnels, qui pourront, dans tous les cas, appliquer les dispositions de l'article 463 du code pénal. »

[2] Pourvu toutefois que la vente ou distribution ait été faite *sur la voie publique*. Cass. 15 juin 1844, Bull. n° 218; Journ. du dr. crim. 1844, p. 292.

n'appartiennent pas exclusivement à la presse et qui sont complémentaires des dispositions qui précèdent.

On ne doit pas s'arrêter aux articles 2 et 3 de la loi du 21 avril 1849, quoique ces articles aient autorisé, dans les cas qu'ils prévoient, la distribution des écrits sans autorisation préalable, et après une simple déclaration, parce que, restreints aux 45 jours qui précédaient les élections, ils instituaient une mesure extraordinaire, qui a été modifiée et limitée par la loi du 16 juillet 1850 [1].

Mais aujourd'hui la loi de la matière est l'art. 6 de la loi du 27 juillet 1849, qui dispose que : « Tous distributeurs ou colporteurs de livres écrits, brochures, gravures et lithographies, doivent être porteurs d'une autorisation qui leur sera délivrée, pour le département de la Seine, par le préfet de police, et pour les autres départements, par les préfets. Ces autorisations pourront toujours être retirées par les autorités qui les auront délivrées. Les contrevenants seront condamnés par les tribunaux correctionnels à un emprisonnement d'un mois à six mois, et à une amende de 25 à 500 fr., sans préjudice des poursuites qui pourraient être dirigées, pour crimes ou délits, soit contre les auteurs ou éditeurs de ces écrits, soit contre les distributeurs ou colporteurs eux-mêmes. » L'interprétation de cet article a donné lieu à plusieurs questions : la principale est de savoir s'il ne comprend, comme les lois antérieures, que les colporteurs ou distributeurs de profession, ou s'il doit s'étendre aux actes même isolés de distribution. Cette dernière interprétation, quoique contredite par l'exposé des motifs et par les lois des 10 décembre 1830 et 16 février 1834, qui ne s'appliquaient qu'à l'exercice de la profession de distributeur, a prévalu. La cour de cassation a jugé « que le législateur de 1849, qui, pour un ordre de faits nouveaux, a créé des moyens nouveaux de surveillance, n'a pas reproduit dans l'art. 6 de la loi du 27 juillet les conditions de la profession et n'emploie que des expressions générales et absolues ; qu'il distingue ainsi la qualité de distri-

[1] Cass. 18 août 1849, Bull. nos 213 et 214 ; 7 juin 1850, Bull. n° 190 ; 8 avril 1853, Bull. n° 128.

buteur de la profession de colporteur; qu'en présence de termes aussi généraux, il n'y a plus lieu de rechercher si l'agent de distribution exerce ou non la profession de distributeur, mais seulement si les faits imputés aux prévenus sont de nature à constituer une distribution illégale [1]. » Il suit de là qu'il importe peu que la distribution soit un acte accidentel ou habituel, qu'elle soit faite sur la voie publique ou à domicile [2] : la loi s'applique aussi bien à l'auteur qui colporte son propre écrit qu'à l'individu qui ne répand que l'écrit d'autrui [3].

Une seconde question est de savoir à quels écrits, à quelles gravures s'applique la loi. La jurisprudence n'a pas été moins absolue sur ce second point que sur le premier. Il a été successivement décidé que l'art. 6 avait incriminé la distribution sans autorisation : —d'une médaille, parce que les médailles, qui sont l'un des produits de l'art du graveur, y sont comprises dans le terme générique de gravures [4]; — d'un écrit qualifié défense, parce que l'assimilation établie par la loi entre le distributeur et le colporteur est exclusive de toute distinction motivée sur le caractère des distributions [5] ; — de livraisons d'ouvrages faites à domicile à d'autres qu'aux souscripteurs [6]; — de circulaires électorales colportées en dehors des cas prévus par les lois des 21 avril 1849 et 16 juillet 1850 [7] ; — de listes imprimées de candidats proposés pour une élection [8] ; — enfin, d'un simple bulletin de vote, qui a été considéré comme constituant un écrit et comme rentrant par conséquent dans le terme générique de la loi [9].]]

[1] Cass. 15 févr. 1850, Bull. n° 60.
[2] Cass. 25 avr. 1850, Bull. n° 136.
[3] Cass. 6 juin 1850, Bull. n° 187.
[4] Cass. 6 sept. 1851, Bull. n° 373.
[5] Cass. 25 juin 1852, Bull. n° 208.
[6] Cass. 2 sept. 1852, Bull. n° 305.
[7] Cass. 14 fév. 1851, Bull. n° 67.
[8] Cass. 20 mai 1854, Bull. n° 168.
[9] Cass. 27 sept. et 16 nov. 1855, Bull. n°s 333 et 358; 26, 28 mars et

1014. [[Mais, à côté de ces interprétations, quelques règles ont été posées qui ne doivent pas être perdues de vue en cette matière. Il faut d'abord, pour l'existence du colportage, qu'il y ait remise ou vente des écrits : ainsi, le fait de présenter une pétition à la signature de plusieurs personnes ne saurait rentrer dans les termes de la loi[1]. Et il en serait ainsi lors même que la pétition aurait été confiée à un tiers pour la faire revêtir de plusieurs signatures[2].

Il faut ensuite que des distributeurs n'aient pas un titre légal qui rende la distribution licite ; tel est le titre de libraire. Il a été reconnu « que l'art. 6 de la loi du 27 juillet 1849, qui ne s'applique qu'aux agents de distribution et colportage prévus par cette loi, ne saurait s'étendre aux libraires, même aux brevetés, dont l'établissement est permanent et a pour objet le commerce ordinaire de la librairie[3]. » Tel est encore le titre de membre d'une association, lorsque l'écrit distribué rentre dans l'objet de l'association. Il a été reconnu que la distribution aux membres d'une association fraternelle de travailleurs des statuts de la société ne rentrait pas dans les termes de la loi[4]. Tel est le distributeur des numéros d'un journal légalement publié au siége de l'établissement et pour le compte des propriétaires[5] ; tels sont enfin les agents de la poste : il a été décidé « que la distribution par la voie de la poste, qui a reçu des lois et des règlements la mission de distribuer les écrits et les imprimés déposés dans ses bureaux, ne saurait tomber sous la prohibition ; que les agents de l'administration qui opèrent cette distribution sont légalement autorisés ; que les expéditeurs qui ont déposé et affranchi les imprimés distribués ne peuvent d'un autre côté, être assimilés aux

3 avril 1856, Bull. n°s 118, 124 et 134 ; ch. réun. 30 janv. 1857, Bull. n° 38.

[1] Cass. 18 juill. et 9 août 1859, Bull. n°s 228 et 252.

[2] Cass. 7 fév. 1851, Bull. n° 56.

[3] Cass. 28 mars et 21 août 1851, Bull. n°s 124 et 345.

[4] Cass. 11 avr. 1851, Bull. n° 141.

[5] Cass. 8 juill. 1851, Bull. n° 263.

distributeurs et assujettis à la condition d'une autorisation, puisqu'ils ne concourent pas personnellement à la distribution [1]. »

Une troisième règle consiste en ce que le fait de la distribution, purement matériel, constitue, non un délit, mais une simple contravention, qui réside tout entière dans un acte unique et personnel à l'agent de distribution; d'où il suit que cet acte est exclusif des éléments de la complicité, puisqu'il ne peut se séparer de la personne de celui par qui il a été accompli; la complicité par aide ou assistance n'est donc pas admissible [2].

Une quatrième règle est que la loi ne s'applique pas aux cas où la distribution est autorisée par une disposition légale. Ainsi l'art. 14, tit. 2, de la loi du 24 août 1790 et l'art. 23 de la loi du 17 mai 1819 consacrent, comme une immunité de la défense, le droit de distribuer les écrits et mémoires des parties dans un procès. Il suit de là que, lorsque l'écrit publié dans l'intérêt de la défense est distribué dans le cours de l'instruction et dans la mesure des besoins de cette défense, il n'y a point délit de colportage, mais le simple exercice d'un droit [3].

Une cinquième règle est que l'article 463 s'applique aux contraventions prévues par l'art. 6 de la loi du 27 juillet 1849 : l'art. 23 de cette loi est général et s'étend à toutes ses dispositions [4].

Enfin, une dernière règle est qu'il appartient aux juges du fait d'apprécier les éléments de la contravention, et de déclarer qu'un fait de distribution n'a été qu'une communication officieuse et bienveillante ne rentrant pas dans les termes de la loi [5].]]

[1] Cass. 17 août 1850, Bull. no 262; 8 avr. 1853, Bull. no 128; 2 juill. 1853, Bull. n° 342.

[2] Cass. 11 avr. 1856, Bull. n° 149; 29 fév. 1856, Bull. n° 149; 17 août 1850, Bull. no 262.

[3] Cass. 15 fév. 1850, Bull. n° 60; 25 avr. 1850, Bull. n° 136; 23 juin 1852, Bull. no 268; 7 mars 1861.—*Voy.* encore cass. 19 nov. 1829, 25 juin 1831, J. P. à leur date; 14 déc. 1838, Bull. n° 385.

[4] Cass. 17 août 1860, Bull. n° 193.

[5] Cass. 19 avr. 1859, Bull. no 112.

CHAPITRE XLV.

ASSOCIATIONS ET RÉUNIONS ILLICITES.

(*Commentaire des art.* 291, 292, 293 *et* 294 *du C. pén.*)

1015. Caractère préventif de l'incrimination des art. 291 et suivants.
1016. Principe de cette incrimination.
1017. Dans le droit romain et dans l'ancien droit, c'est le but de l'association qui en faisait l'illégitimité.
1018. Considérée indépendamment de ce but, l'association n'est qu'un acte préparatoire, dont le danger dépend des circonstances politiques.
1019. Législations étrangères.
1020. Législation antérieure au code sur cette matière.
1021. Lois des 10 avril 1834, 28 juillet 1848, 19 juin 1849, 6 juin 1850, 21 juin 1851 et 25 mars 1852.
1022. Système de l'art. 291 et de la loi du 10 avril 1834.
1023. La première condition de l'application de ces textes est qu'il y ait association.
1024. Exception à cette règle apportée par le décret du 25 mars 1852 qui prohibe les réunions publiques.
1025. Une deuxième condition est que l'association soit composée de plus de vingt personnes, lors même qu'elle se divise en fractions et que les réunions ne sont pas fixes.
1026. Une troisième condition est que l'association ou la réunion rentre par son caractère et son but dans les termes de la loi.
1027. Application de la prohibition aux sociétés formées pour l'exercice du droit constitutionnel.
1028. Application aux sociétés littéraires et scientifiques.
1029. Application aux associations mêmes que le législateur, dans les motifs de la loi, a déclaré ne pas vouloir atteindre.
1030. Application aux associations religieuses.
1031. Conciliation de cette application avec le principe de la liberté des cultes.
1032. Jurisprudence de la cour de cassation sur ce point.
1033. Le droit de réunion limité aux cultes légalement reconnus par l'État. Examen de cette distinction.
1034. Droits de l'autorité administrative sur la police des cultes reconnus.
1035. Pénalités applicables aux infractions (art. 292).
1036. Délits commis dans le sein des réunions (art. 293).

1015. Ce chapitre termine à la fois la longue série des délits contre la paix publique, et cette classe spéciale d'actes, dernier anneau de cette série, qui sont plutôt incriminés à raison du mal qu'ils peuvent produire qu'à raison de celui qu'ils produisent en réalité. L'association de malfaiteurs, le vagabondage, la mendicité, la distribution d'écrits clandestins, enfin l'association sans autorisation, ont en effet un caractère commun, qui est d'éveiller l'inquiétude de la société par le danger dont ils la menacent plutôt que par leur immoralité intrinsèque et leur péril actuel, et de pouvoir rentrer dans la classe des actes préparatoires avec plus de raison peut-être que dans celle des délits consommés.

Ce caractère se manifeste particulièrement dans le fait d'une association illicite. La loi pénale, en effet, ne punit pas seulement, comme le faisait l'ancien droit, *les assemblées faites à mauvais dessein*, mais toutes les réunions, même les plus inoffensives, même les plus légitimes, dès qu'un nœud en lie les membres et qu'elles dépassent un certain nombre. Elle ne se met point en peine de s'enquérir de la moralité de l'association ; elle se borne, pour appliquer la peine, à constater l'acte matériel des réunions de l'association dénuée d'autorisation. Cette infraction diffère donc, sous un rapport, des autres infractions qui la précèdent dans le code. Le vagabondage, la mendicité, dans certains cas, décèlent quelquefois une sorte d'immoralité ; la peine qui les frappe est justifiée par la position actuelle

du prévenu, indépendamment du danger futur qu'elle présage. L'association, au contraire, est frappée par la loi, lors même que sa composition et la légitimité de son but offrent les garanties les plus sûres à l'ordre social.

1016. Cette observation nous mène à examiner la légitimité de l'incrimination elle-même. En thèse générale, la liberté d'association est un droit naturel. Isolé, l'homme est frappé d'impuissance, sa faiblesse se révèle à chaque pas; associé, son pouvoir n'a plus de bornes : quel que soit le but qu'il se propose ou la carrière qu'il parcoure, soit qu'il explore les arts ou l'économie politique, l'industrie ou les sciences, ce n'est que par l'agrégation des lumières et des forces qu'il parvient à vaincre les résistances, à dompter les obstacles, à réaliser sa pensée. Les époques de civilisation sont celles où cette faculté de l'association se développe avec plus d'énergie; elle est l'immense levier sur lequel la vieille société s'appuie pour se dégager de ses langes et prendre un essor plus élevé. S'il est permis de croire au progrès, c'est en ajoutant foi à la force d'une association plus étroite entre les membres de la cité. L'association, c'est la condition de la prospérité et de la vie même de l'homme; c'est le point de départ et l'avenir de la société.

Mais l'exercice du droit le plus légitime, laissé sans règles entre les mains de l'homme, peut aussitôt engendrer des abus. C'est ainsi que la loi a ceint chacune de nos libertés d'un cercle qui en limite l'étendue. Il est évident que les passions humaines peuvent s'emparer de l'instrument puissant de l'association, qu'elles peuvent le diriger contre la société elle-même, et redoubler, à l'aide de ses forces énergiques, le péril de leur œuvre destructive. La loi remplit une mission également sacrée en proclamant le droit et en réprimant les écarts. Elle peut donc punir les associations immorales ou dangereuses; elle peut les défendre, et châtier ceux qui enfreignent ses prohibitions : ce pouvoir dérive du principe même du droit pénal.

1017. Ainsi la loi romaine plaçait l'association parmi les crimes de lèse-majesté, toutes les fois qu'elle était dirigée contre la répu-

blique, *quò cœtus conventusve fiat, hominesve ad seditionem convocentur* [1]; mais lorsqu'elle ne se proposait aucun but criminel, elle était affranchie de toute peine : *coire non prohibentur, dùm tamen per hoc non fiat contrà senatusconsultum quo illicita collegia arcentur* [2]. On présumait toutefois la criminalité du but, quand les hommes qui composaient la réunion étaient très-nombreux, ou qu'ils portaient des armes, ou qu'ils se rassemblaient sur la voie publique [3].

Le même principe régissait notre ancienne législation. On appelle *assemblées illicites*, dit Muyart de Vouglans, celles qui sont faites à mauvais dessein dans un certain nombre. Jousse confirme cette doctrine : « Les peines ne doivent avoir lieu qu'à l'égard des assemblées illicites qui se font contre le prince ou contre le repos et la tranquillité de l'Etat... Mais si l'assemblée ne se fait point dans le dessein de faire aucun trouble ni dommage envers quelqu'un, elle ne doit point être punie [4]. » Les anciennes ordonnances ne prohibaient, en effet, que les réunions faites publiquement et avec armes; ou si la prohibition était absolue à l'égard de celles qui se faisaient *sous prétexte de religion*, c'est que ces dernières étaient, à l'époque où elles étaient punies, de véritables associations politiques plus menaçantes que toutes les autres [5].

1018. Mais ce principe répressif n'a plus suffi à la législation moderne. La question s'est présentée sous une autre face dans les textes de notre code : il ne s'agit plus de ces associations qui s'élevaient avec un but déterminé et coupable; il s'agit de toute association, abstraction faite de ses intentions et de son but, qui se réunit avec les signes extérieurs définis par la loi. Le code ne se borne pas

[1] L. 1, § 1, Dig. ad leg. Juliam majest.; l. 3, Dig. ad leg. Jul. de vi publicâ.

[2] L. 1, Dig. de collegiis et corporibus; et Farinacius, quæst. 113, n° 120; Menochius, c. 597, nos 4 et 6.

[3] L. 2, Dig. de collegiis et corporibus.

[4] Traité de la justice crim., t. 3, p. 67.

[5] Ord. 25 nov. 1483, juin 1559, 10 sept. 1567, 27 mai 1610, 14 mai et 18 juillet 1724, etc.

à surveiller et à punir quand le danger apparaît et menace ; il le prévient, il supprime la cause même de ce danger ; il impose à l'association des conditions pour exister, avant d'examiner si son existence est dangereuse.

Ainsi posée, la question de la légitimité de la peine devient fort délicate. Notre opinion sera toutefois nette et précise. S'il faut élever l'association ainsi définie, et par cela seul qu'elle s'est formée sans permission, au rang du délit moral, cette incrimination est repoussée par le principe même du droit de punir ; car une association par elle-même inoffensive, une association qui ne se propose aucun dessein, aucune action immorale, ne saurait constituer, abstraction faite de son but, un fait en soi-même immoral, et il est évident qu'une telle association ne peut produire aucune alarme. Cette alarme ne peut donc naître que de la possibilité que l'association échappe du cercle qu'elle s'est tracé, que du péril d'une réunion trop nombreuse, de la vie que ces réunions prêtent aux passions, de la puissance qu'elles pourraient leur donner. Il ne s'agit plus dès lors d'un délit à punir ; il s'agit des précautions à prendre pour prévenir, dans certaines circonstances, la possibilité d'un danger, des mesures de police à appliquer dans l'intérêt de la société politique. Ces mesures ne supposent point l'immoralité du fait, elles supposent seulement qu'il peut entraîner quelques inconvénients ; elles ne le frappent pas comme une infraction morale, mais comme une infraction matérielle. Réduite à ces termes, l'incrimination puise sa légitimité dans la seule nécessité des choses ; c'est une question, non de principe et de liberté, mais d'époque et de circonstance ; car la loi de police, flexible de sa nature, subit les exigences des temps qu'elle reflète en les suivant, tandis que le délit moral, qui puise sa base dans la conscience, est immuable comme elle. C'est en se plaçant à ce point de vue que M. Guizot a pu dire dans la discussion de la loi du 10 avril 1834 : « J'ai dit que l'article 291 ne figurerait pas éternellement dans les lois d'un peuple libre ; pourquoi ne le dirais-je pas aujourd'hui ? Il viendra, je l'espère, un jour où la France pourra voir l'abolition de cet article, comme un nouveau développement de la liberté. Mais,

jusque-là, il est de la prudence des chambres et de tous les grands pouvoirs publics de maintenir cet article; il faut même le modifier selon le besoin du temps, pour qu'il soit efficace contre les associations dangereuses d'aujourd'hui[1]. » Ajoutons toutefois, dès à présent, que nous n'entendons parler ici que des associations qui peuvent avoir un but politique: nous reviendrons plus loin sur l'application de ce principe aux associations religieuses.

1019. La doctrine du code pénal peut, au surplus, s'appuyer sur plusieurs législations. C'est ainsi que divers actes du parlement anglais ont apporté, en 1799 et 1817, des restrictions notables au droit d'association et de réunion, toute société dont les membres se lient par des serments, ou qui se subdivise en d'autres sociétés affiliées, et déclarée illégale [2]. La loi brésilienne incrimine également toute réunion de plus de dix personnes à des jours fixes et déterminés, dès que son but est imposé comme un secret aux associés (art. 282). Le code général de l'Autriche répute *secrète* une association non autorisée, et punit toute affiliation à une société de cette nature, abstraction faite de son but et de son dessein (2e partie, art. 58 et suiv.). Ces dispositions se sont à peu près reproduites dans plusieurs des législations italiennes.

1020. La législation intermédiaire qui a précédé le code, après avoir varié sur ce point, s'était peu à peu ralliée à cette même base. L'assemblée constituante avait déclaré, d'abord, par un décret du 14 décembre 1789, que « les citoyens ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes en assemblées particulières pour rédiger des adresses et pétitions; » et par un autre décret des 13-19 novembre 1790: « que les citoyens ont le droit de s'assembler paisiblement et de former entre eux des sociétés libres, à la charge d'observer les lois qui régissent tous les citoyens. » La constitution de 1791, tit. 1er, garantit, « comme droit naturel et civil, la liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satis-

[1] Moniteur du 13 mars 1834.

[2] 39e et 59e stat. George III, c. 79.

faisant aux lois de police. » Toutefois, l'exercice de ce droit ne tarda pas à faire naître quelques inquiétudes. « Dans un pays libre, porte le rapport qui motiva le décret des 29 et 30 septembre-9 octobre 1791, lorsqu'une constitution fondée sur les droits de l'homme a créé une patrie, un sentiment cher et profond attache à la chose publique tous les habitants de l'empire : c'est un besoin de s'en occuper et d'en parler ; loin d'éteindre et de comprimer ce feu sacré, il faut que toutes les institutions sociales contribuent à l'entretenir. Mais, à côté de cet intérêt général, se placent les maximes de l'ordre public et les principes du gouvernement représentatif. Les sociétés, les réunions paisibles de citoyens, les clubs sont inaperçus dans l'État. Sortent-ils de la coustitution privée où les place la constitution, ils s'élèvent contre elle, ils la détruisent au lieu de la défendre.» L'assemblée constituante prohibait, en conséquence, les députations et les adresses des clubs, leur assistance collective aux cérémonies publiques, la publication de leurs débats. Mais ces restrictions furent effacées par la convention, qui établit le droit absolu des citoyens de se réunir en société populaire [1], et ce droit ne fut tempéré que par la constitution du 5 fructidor an III, qui prohiba toutes les associations contraires à l'ordre public et toutes les affiliations et correspondances des associations même licites. La loi du 7 thermidor an V, qui est devenue le type des articles 291 et suivants du code pénal, vint bientôt interdire toute société particulière s'occupant de questions politiques : les membres étaient punis comme coupables d'attroupement. Enfin l'art. 37 de la loi du 19 fructidor an V déclara que toute société dans laquelle il serait professé les principes contraires à la constitution serait fermée.

C'est dans le souvenir de ces sociétés populaires qui exercèrent, pendant tout le cours de la révolution, une si grave influence sur les destinées du pays, que le législateur de 1810 a puisé la pensée de sa prohibition : il voulait fermer une plaie sociale qu'il avait vue longtemps envenimée par les factions. « Ces mots d'*associations illi-*

[1] L. 13 juin 1793, art. 2.

cites, disait l'orateur du corps législatif, rappellent de déplorables souvenirs : quel est celui d'entre vous qui n'a été la victime ou le témoin de ces assemblées délibérantes où l'assassinat et la révolte étaient sans cesse à l'ordre du jour ; qui, s'étant établies pour surveiller les autorités, les contrariaient dans leurs résultats les plus précieux et les plus justes, et organisaient ainsi l'anarchie dans toute la France ? Elles ne se rouvriront plus. » Ces paroles, en révélant les craintes qui ont dicté la loi, expliquent déjà son esprit primitif et le but qu'elle se proposait.

1021. Arrivons maintenant aux textes du code. Ces textes, modifiés en plusieurs points essentiels par la loi du 10 avril 1834, ne peuvent plus être séparés des dispositions de cette loi qui en forment maintenant l'indispensable complément. Notre examen aura donc un double but : de fixer l'espèce et la portée des dispositions du code, et d'examiner, en conférant la loi nouvelle avec les articles de ce code, les dispositions qu'elle a conservées et celles qu'elle a détruites.

[[Il doit avoir encore un autre objet : c'est de rechercher si les lois postérieures n'ont point apporté quelques modifications à ces deux premières lois. Aussitôt après la révolution de 1848, le droit des citoyens de se réunir pour délibérer sur les affaires publiques fut revendiqué, conformément à l'article 62 de la loi du 14 décembre 1789 et à la disposition du titre 1er de la constitution du 3 septembre 1791. La loi du 28 juillet 1848 vint en régler l'exercice : les réunions ne pouvaient avoir lieu qu'après une déclaration préalable ; elles étaient publiques, elles étaient soumises à la surveillance de l'autorité, et les discussions y étaient assujetties à des règles propres à y maintenir l'ordre. L'article 13 interdit les sociétés secrètes. L'art. 19 porte que « les dispositions de cette loi ne sont pas applicables aux réunions ayant pour objet exclusif l'exercice d'un culte quelconque, ni aux réunions électorales préparatoires. » L'art. 8 de la constitution de 1848 ajoutait : « Les citoyens ont le droit de s'associer, de s'assembler paisiblement et sans armes... » Mais l'exercice de ce droit fut suspendu par une loi du 19 juin 1849, ainsi conçue : « Art. 1er. Le

gouvernement est autorisé, pendant l'année qui suivra la promulgation de la présente loi, à interdire les clubs et autres réunions publiques qui seraient de nature à compromettre la sécurité publique.— Art. 2. Avant l'expiration de ce délai, il sera présenté à l'assemblée nationale un projet de loi qui, en interdisant les clubs, réglera l'exercice du droit de réunion. » Cette suspension, successivement prorogée par les lois du 6 juin 1850 et 21 juin 1851, est devenue définitive, aux termes du décret du 25 mars 1852, ainsi conçu : « Considérant que le droit d'association et de réunion doit être réglementé de manière à empêcher le retour des désordres qui se sont produits sous le régime d'une législation insuffisante pour les prévenir ; qu'il est du devoir du gouvernement d'apprécier et de prendre les mesures nécessaires pour qu'il puisse exercer sur toutes les réunions publiques une surveillance qui est la sauvegarde de l'ordre et de la sûreté de l'Etat ; que la loi du 22 juin 1849, suspensive du décret du 28 juillet 1848, ayant déjà reconnu le danger des clubs, avait décidé qu'un projet de loi serait présenté à l'assemblée pour interdire les clubs et régler l'exercice du droit de réunion : Art. 1er. Le décret du 28 juillet 1848 sur les clubs est abrogé, à l'exception toutefois de l'article 13 de ce décret, qui interdit les sociétés secrètes.—Art. 2. Les articles 291, 292 et 294 du Code pénal, et les articles 1, 2 et 3 de la loi du 10 avril 1834 seront applicables aux réunions publiques, de quelque nature qu'elles soient. » Il y a donc lieu d'examiner, en même temps que les textes du code et ceux de la loi du 10 avril 1834, l'application nouvelle que ce décret, rendu à une époque où le président était investi du pouvoir dictatorial, leur a donnée.]]

1022. L'article 291 est ainsi conçu : « Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués, pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société. Dans le nombre de personnes indiqué par le présent article ne seront pas comprises celles domiciliées dans la maison où l'association se réunit. » Le but unique de la loi

du 10 avril 1834 a été de donner à cette prohibition une force nouvelle, de manière à ce qu'elle ne puisse être éludée. C'est pour atteindre ce but qu'elle a élargi ses limites; l'article 1er est ainsi conçu : « Les dispositions de l'article 291 du code pénal sont applicables aux associations de plus de 20 personnes, alors même qu'elles seraient partagées en portions d'un nombre moindre, et qu'elles ne se réuniraient pas tous les jours, ou à des jours marqués; l'autorisation donnée par le gouvernement est toujours révocable. »

Il faut reconnaître, en premier lieu, que si l'incrimination a été développée et étendue, le principe est resté le même; car la loi du 10 avril 1834 n'a posé aucune règle nouvelle : ce qu'elle punit encore, c'est l'association telle que l'article 291 l'avait définie, l'association de plus de 20 personnes ayant pour objet de s'occuper d'objets religieux, politiques et littéraires. Ce principe fondamental, qui résulte implicitement du texte de la loi, a d'ailleurs été proclamé à diverses reprises dans le cours des discussions législatives. Nous rappellerons les paroles de l'exposé des motifs : « Nous venons, disait le garde des sceaux, vous proposer de donner force et complément aux dispositions de la loi qui prohibent ces associations; nous vous proposons de sanctionner les mesures nécessaires pour que l'article 291 ne puisse être éludé. Pour que la prohibition ne demeure pas illusoire, il ne faut pas laisser aux associations la facilité de se diviser en fractions, dont chacune prise à part se composerait de moins de 20 membres, et qui réunies s'élèveraient à un nombre supérieur à celui que la loi tolère. N'est-ce pas une dérision que de tolérer des associations composées de plusieurs milliers d'individus, par cela seul qu'elles sont fractionnées par 19, tandis qu'une association de plus de 20 personnes et qui n'a aucune correspondance peut paraître contraire à la paix publique? Une autre précaution consiste à exiger que les associations aient besoin d'une autorisation, alors même qu'elles ne se réuniraient pas tous les jours, ou à des jours marqués. » Ainsi, il est certain que la loi ne s'applique qu'aux seules associations auxquelles s'appliquait l'article 291; seulement les conditions de leur existence ont été modifiées.

1023. Cela posé, quelles sont les associations que la loi déclare illicites? Il est à regretter qu'aucune définition n'en ait été donnée; mais les caractères de l'infraction résultent de l'incrimination elle-même. La loi exige, en effet, qu'il y ait association, que cette association soit de plus de 20 personnes, quelles que soient les fractions qui les divisent, enfin qu'elle ait pour objet de s'occuper d'objets religieux, politiques, littéraires ou autres. Nous examinerons successivement ces diverses conditions.

Il faut, en premier lieu, qu'il y ait association : toute association suppose deux éléments, un but déterminé et un lien qui unisse les associés. Le caractère fondamental des associations est donc la permanence; leur signe distinctif, une constitution organique. C'est cette organisation, c'est cette permanence d'une action collective, qui ont excité l'inquiétude du pouvoir et motivé des mesures répressives. C'est donc ce caractère fondamental qu'il importe de constater avant tout. Le mot *association* contient la véritable solution de toutes les difficultés qui peuvent s'élever à cet égard; c'est dans ce mot que les juges doivent puiser le principe de leur décision.

Il suit de là que toutes les réunions accidentelles, qui n'ont point le caractère d'associations permanentes, ne tombent pas sous la prohibition, à moins, comme on le verra dans le n° 1026, qu'elles ne soient publiques; et en effet les réunions et les associations sont choses tout à fait distinctes : les réunions ont pour cause des événements imprévus, instantanés, temporaires : les associations, au contraire, ont un but déterminé et permanent. Se réunir, c'est vouloir s'éclairer et penser ensemble; s'associer, c'est vouloir se concerter, se compter et agir. A la vérité, il est de l'essence des associations d'avoir des réunions; ces réunions en sont une condition nécessaire, et elles forment même l'un des indices qui les révèlent; mais elles empruntent alors leur criminalité du fait même de l'association dont elles sont l'exécution et les effets. Cette distinction entre l'association et les simples réunions fut formellement reconnue dans la discussion de la loi du 10 avril 1834 : « Nous faisons une loi contre les associations, dit le garde des sceaux, et non pas contre les réunions accidentelles

et temporaires qui auraient pour objet l'exercice d'un droit constitutionnel [1]. » Ces paroles furent rappelées par M. Girod de l'Ain, dans son rapport à la chambre des pairs, et il ajouta : « Si cette déclaration surabondante n'est pas la loi elle-même, elle en forme du moins le commentaire officiel et inséparable [2]. » Un autre membre de la même chambre (M. Rœderer) ajoutait encore en appuyant la loi : « La loi n'autorise pas plus à inquiéter qu'à interdire les réunions, soit fortuites, soit habituelles ; elle ne regarde que les associations. A la vérité, la distinction des *réunions* et des *associations* n'est pas tellement nette et tranchée, qu'elle ne permette quelques méprises ; on craint que le ministère public ne les confonde quelquefois. Je crois que l'on peut se rassurer contre ces appréhensions. L'objet immédiat de la loi est de frapper les associations existantes, les associations patentes, organisées et armées pour la guerre qu'elles ont déclarée au gouvernement de l'Etat. L'objet plus éloigné est de donner à ce gouvernement le moyen de prévenir la renaissance d'une association du même genre, c'est-à-dire hautement déclarée, organisée, armée, militante. La portée politique de la loi ne va pas plus loin que les associations formant état dans l'État, et qui, comme disait Mathieu Molé, placent un corps vivant dans le cœur de la nation [3]. »

[[Cette règle a été consacrée par un arrêt qui n'a rejeté, dans l'affaire de l'*OEuvre de St-Louis*, le pourvoi formé par les membres de cette œuvre que parce qu'elle constituait une association. Les motifs de cet arrêt portent, en effet, « que l'arrêt attaqué constate qu'il a existé sous le nom d'OEuvre de St-Louis une association non autorisée par le gouvernement, composée de plus de 20 personnes et ayant pour objet de s'occuper de matières politiques ; que ce qui constitue essentiellement le fait d'association entre plusieurs individus, c'est la communauté du but qu'ils se proposent d'atteindre et auquel

[1] Moniteur du 25 mars 1834, suppl.

[2] Moniteur du 6 avr. 1834.

[3] Moniteur du 9 avr., suppl.

ils s'engagent à coopérer par des moyens convenus et qui peuvent être identiques ou différents ; que la délibération en commun de tous les membres de l'association et leur participation égale à sa direction ne sont pas des conditions nécessaires du fait d'association, et même sont incompatibles avec l'idée de la division en sections qui est prévue par la loi du 10 avril 1834 ; que l'engagement de plusieurs individus de donner une coopération quelconque, mais fixée d'avance, à l'accomplissement d'une œuvre déterminée, même quand la direction de cette œuvre serait confiée à d'autres individus, suffit pour constituer le fait d'association prévu et puni par la loi. »]]

1024. [[Cependant, si cette interprétation exprime le véritable sens de l'art. 291, même modifié par la loi du 10 avril 1834, il ne faut pas perdre de vue que cet article a été étendu à un autre fait par le décret du 25 mars 1852. La loi du 28 juillet 1848 avait fait une exception à l'art. 291 en autorisant les clubs. La loi du 19-22 juin 1849 suspend « les clubs et autres réunions publiques qui seraient de nature à compromettre la sécurité publique. » Le décret du 25 mars 1852, reprenant cette distinction, déclare qu'il y a lieu de réglementer « le droit d'association et le droit de réunion, » et de soumettre « toutes les réunions publiques » à la surveillance du gouvernement ; il décide, en conséquence, d'une part, que la loi du 28 juillet 1848 sur les clubs est abrogée : c'est l'abrogation de l'exception apportée à l'art. 291 ; et, d'une autre part, « que les articles 291, 292 et 294, et les art. 1, 2 et 3 de la loi du 10 avril 1834 sont applicables aux réunions publiques, de quelque nature qu'elles soient. » Ainsi, cette dernière loi ne se borne pas à restituer aux textes du code pénal toute leur autorité, en replaçant sous leur joug toutes les associations, elle les étend à d'autres faits, à des faits qu'ils n'avaient pas prévus, aux réunions publiques. Ces réunions, lors même qu'elles sont temporaires et qu'elles ont pour objet l'exercice d'un droit constitutionnel, telles que les réunions préparatoires électorales, ne peuvent donc avoir lieu qu'avec l'agrément du gouvernement. C'est d'ailleurs ce qui résultait déjà de l'art. 2 de la loi du

6 juin 1850, qui étendait la prohibition « aux réunions électorales qui seraient de nature à compromettre la sécurité publique. [1] » Il ne s'agit toutefois ici que des réunions publiques : les réunions non publiques, qui, par leur caractère accidentel, répudient toute idée d'association, ne rentrent dans aucune disposition de la loi. L'autorité municipale, en autorisant les réunions publiques, peut d'ailleurs les soumettre à des conditions de surveillance et les subordonner à la présence d'un commissaire de police pour veiller à ce que l'ordre ne soit pas troublé [2].]]

1025. La deuxième condition de l'incrimination est que l'association soit composée de *plus de vingt personnes.* Dans ce nombre ne sont point comprises celles domiciliées dans la maison où l'association se réunit. L'obligation spéciale de se faire connaître de l'autorité et d'obtenir son assentiment ne commence que là où les sociétaires dépassent ce nombre. Un membre du conseil d'État (M. Molé) fit observer, dans la discussion du code, que les sociétés au-dessous de vingt personnes peuvent être plus dangereuses que les sociétés plus nombreuses, et que le danger ne dépend pas du nombre, mais du caractère des individus et de leur puissance morale. M. Berlier répondit qu'étendre la prohibition au-dessous de vingt personnes ce serait constituer les citoyens dans une tutelle un peu trop sévère : « Car l'action de se réunir pour parler même d'objets religieux, littéraires ou politiques, ajouta l'orateur, est de droit naturel ; et si l'ordre public peut y apporter quelques restrictions, elles doivent être renfermées dans de sages limites. Dans ce cas même, la modération est le premier devoir comme le premier besoin du gouvernement; s'il comprime trop, on lui résiste ; c'est déjà beaucoup que d'introduire dans notre législation une disposition restrictive qui n'y a jamais existé : au moins convient-il que le fait simple de la réunion sans permission ne commence à être considéré comme un délit que lorsque le nombre des sociétaires est assez considérable pour donner quelque inquiétude au

[1] Cass. 9 déc. 1853, Bull. n. 576.

[2] Cass. 20 avr. 1849, Bull. nº 89.

gouvernement ; et pour produire cet effet, on ne saurait admettre un nombre inférieur à celui qu'exprime l'article [1]. »

La loi du 10 avril 1834, tout en maintenant la limite de vingt personnes, a ajouté : « alors même que ces associations seraient partagées en sections d'un nombre moindre. » Nous avons rapporté plus haut les motifs de cette disposition. Un député a objecté à ce sujet : « Pour frapper les fractions d'associations, il faut définir les caractères auxquels ces fractions peuvent se reconnaître. Comment prouver que plusieurs personnes réunies forment une section d'une association qu'on n'a pas encore saisie, dont on n'a pas prouvé l'existence, et qui, par conséquent, est censée ne pas exister ? Comment prouver l'affiliation d'une section à une autre ? Comment établir le nombre de personnes nécessaire pour composer une fraction d'association [2] ? » Ces questions tombent évidemment dans le domaine de l'interprétation : c'est aux juges à apprécier les faits, d'après les circonstances de la cause et les résultats du débat.

Les réunions quotidiennes ou à certains jours marqués étaient une troisième condition de la contravention dans le système du code. La loi du 10 avril 1834 l'a effacée : l'association est illicite lors même que ses membres ne se réunissent pas tous les jours ou à des jours marqués. Les tribunaux n'ont plus à constater cette circonstance que pour arriver à l'appréciation du fait même de l'association.

1026. Un dernier élément de l'infraction est que l'association, par son caractère, soit comprise dans les termes de l'article 291. Mais ces termes sont tellement généraux, que toutes les associations, quelle que soit leur distinction, quels que soient leur but et leur nom, viennent à peu près s'y confondre. Dans le cours de la discussion de la loi du 10 avril 1834, de nombreuses exceptions furent proposées, et la plupart de ces exceptions portaient en elles-mêmes leur justification. Elles ont néanmoins été unanimement repoussées, par les motifs que toute distinction enlèverait à la loi son efficacité ;

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 26 août 1809.

[2] Moniteur du 23 mars 1834.

que les associations les plus dangereuses, se couvrant d'un voile trompeur, sauraient se soustraire aux exigences légales; qu'il était donc nécessaire de soumettre toutes les associations à une règle commune, sauf à discerner dans l'application celles qui ne présentent aucun péril, pour les autoriser, et même les tolérer sans autorisation. Cette doctrine a été successivement appliquée aux associations motivées par l'exercice d'un droit constitutionnel, aux associations ayant pour objet la fondation des journaux, aux sociétés littéraires et scientifiques, aux associations religieuses. [1]

1027. [[Elle a été appliquée aux associations formées pour l'exercice d'un droit constitutionnel. Ainsi il a été décidé qu'une association de plus de vingt personnes, dont le but est de réclamer par voie de pétition des modifications à la loi électorale, rentre dans les termes de la loi, « attendu que ces dispositions sont générales et absolues; qu'elles proscrivent notamment toute association qui ferait des matières politiques l'objet de ses réunions; que si la pensée du législateur n'a pas été d'interdire les réunions temporaires et accidentelles qui précèdent d'ordinaire l'exercice du droit d'élection, l'esprit et le texte de la loi condamnent une association qui, sous le prétexte de poursuivre par voie de pétition la réforme électorale, placerait à côté du gouvernement établi, et dans les divers degrés de la division territoriale, un organisation permanente qui pourrait servir de point d'appui aux factions dans les temps de troubles; qu'il y aurait là pour la paix publique un danger réel que l'art. 291 du code pénal et la loi du 10 avril 1834 ont eu principalement pour objet d'empêcher et de prévenir [1]. »]]

1028. Elle a été appliquée aux associations littéraires ou scientifiques. Ces sociétés ne devaient point figurer dans l'art. 291; on lit en effet dans le procès-verbal du conseil d'État du 5 novembre 1808 les observations suivantes : « Le prince archichancelier dit que les réunions politiques ou religieuses intéressent assez la tranquillité publique, pour qu'on prenne à leur égard les précautions que l'article

[1] Cass. 4 sept. 1841, Bull. no 270.

établit; mais le projet va trop loin, quand il applique ces mêmes précautions aux réunions littéraires, et en général à toutes les autres. La loi ne doit pas gêner ainsi, sans motif, les habitudes et les goûts des citoyens. En quoi des discussions purement littéraires peuvent-elles être dangereuses? M. Berlier est d'avis qu'on excepte les discussions littéraires: si l'article en parle, c'est parce qu'on a craint que des réunions religieuses ou politiques n'eussent lieu sous le nom de *sociétés littéraires;* mais, avec tant de méfiance, il n'y aurait jamais d'entraves qu'on ne pût légitimer. Le conseil d'État arrête que les effets de l'article seront bornés aux réunions religieuses ou politiques. » Cette décision ne fut pas toutefois respectée, et les sociétés littéraires reprirent leur place dans l'article, sans qu'on puisse trouver de trace des motifs de cette reproduction.

La même question s'est renouvelée en 1834; un député avait proposé un amendement ainsi conçu : « Sont dispensées de l'autorisation les sociétés scientifiques actuellement établies. » M. Guizot l'a combattu en ces termes : « Il est évident, pour tout homme de sens, qu'aucune de ces associations, si elle est en effet purement scientifique, ne manquera d'obtenir l'autorisation quand elle la demandera; et, quant à celles qui ne croiraient pas devoir la demander, ou bien on la leur donnera d'office, ou bien on les laissera se livrer à leurs travaux sans s'en inquiéter nullement. La question se réduit donc à savoir, pour les sociétés littéraires comme pour les autres, s'il faut les excepter nominalement de l'article 1er de la loi; or la chambre a déjà jugé cette question : elle a vu, par tous les amendements qui lui ont été proposés, qu'il n'y avait rien de si facile que de rétablir sous le manteau d'une société littéraire les sociétés politiques que la loi veut détruire. C'est là l'unique motif de la généralité de l'article : il ne s'adresse évidemment ni aux associations littéraires, ni aux sociétés scientifiques; mais il ne veut pas que les noms servent de masques pour éluder la loi et pour rendre aux associations politiques une existence que la loi veut éteindre[1]. »

[1] Moniteur du 22 mars 1834, 2e suppl.

1029. Une difficulté peut se présenter ici : à côté de la prohibition de la loi, qui est absolue, s'élèvent les explications du législateur, qui, telles que celles qu'on vient de lire, en restreignent la puissance aux seules associations politiques. C'est ainsi qu'on a répété plusieurs fois dans la discussion que l'objet unique de la loi était d'atteindre les associations existantes, organisées, armées pour la guerre qu'elles ont déclarée à l'État; que la généralité de l'article n'est pas sérieuse; qu'elle n'a d'autre but que d'ôter les moyens de l'éluder, en formant des associations politiques sous le nom d'une association scientifique ou littéraire. Or, les tribunaux doivent-ils s'arrêter au texte qui est formel, ou aux explications qui ne sont pas moins précises? doivent-ils, en se confiant aux paroles du législateur, restreindre l'application de la loi aux seules associations politiques, ou, se renfermant dans son texte, l'étendre rigoureusement à toutes les sociétés non autorisées, quelles que soient leur pensée et leur couleur? Cette difficulté seule révèle les inconvénients d'une loi qui inculpe des faits innocents, pour atteindre des actes répréhensibles, et qui établit des peines avec la pensée qu'elles ne seront pas appliquées. Toutefois, nous n'hésiterons pas à dire que le texte de la loi doit seul faire la règle du juge : toute distinction serait arbitraire, toute exception serait dépourvue de base. L'association non autorisée de plus de vingt personnes est une infraction, indépendamment du but qu'elle se propose; c'est là l'esprit et la règle de la loi. Les explications législatives ont révélé les motifs secrets de la loi et sa portée politique; elles n'ont modifié ni son texte ni les règles qui doivent servir à l'interpréter. L'innocuité de l'association peut sans doute motiver l'atténuation de la peine; elle ne justifie pas les prévenus, puisque cette infraction est purement matérielle et qu'elle n'est nullement subordonnée à l'intention des contrevenants.

1030. La décision qui a repoussé une exception en faveur des matières littéraires et scientifiques s'est étendue aux matières religieuses; mais la question prend ici une gravité qui exige de notre part quelques développements. Deux points doivent être fixés : il s'agit de savoir si la loi du 10 avril 1834 a modifié d'une manière quel-

conque, en ce qui concerne les associations formées pour l'exercice d'un culte, les dispositions de l'art. 291; et si ces dispositions, dont la vie incertaine a été si fortement contestée, ont continué de subsister en face de la loi constitutionnelle qui a proclamé la liberté des cultes.

Il est évident, en premier lieu, que la loi du 10 avril 1834 n'a rien changé à l'état de la question. Un amendement, en effet, avait été proposé, ainsi conçu : « Les associations ou réunions qui auront exclusivement pour objet la célébration d'un culte religieux seront dispensées de la demande d'autorisation. » Cet amendement était motivé par l'impossibilité de concilier la liberté des cultes avec la nécessité d'une autorisation pour leur exercice. Cette doctrine ne fut nullement contestée; et si l'amendement fut rejeté, la raison qui entraîna ce rejet fut uniquement la crainte que l'association politique ne se couvrît du manteau de la religion pour se dérober aux regards de l'autorité. Les paroles du garde des sceaux, qui expriment ce motif, semblent même confirmer la pensée qui dicta l'amendement. « Une grande distinction, dit le ministre, doit être faite : s'agit-il des réunions qui ont seulement pour but le culte à rendre à la Divinité et l'exercice de ce culte, la loi n'est pas applicable, nous le déclarons de la manière la plus formelle; mais, s'il s'agit d'associations qui auraient pour objet et pour prétexte les principes religieux, la loi leur est applicable, et il serait à craindre que l'amendement ne fût que l'abrogation implicite du principe qui existe à cet égard. Il est inutile s'il a pour objet de rassurer des libertés qui ne sont pas compromises; il est dangereux s'il peut donner aux associations la faculté de se former en disant seulement qu'elles ont un but religieux. » Ainsi la querelle suscitée entre l'art. 291 et la loi constitutionnelle a traversé les discussions de la loi du 10 avril 1834, sans y trouver une solution : il faut donc reprendre cette question, et l'examiner encore après tant d'années de controverse. Nous le ferons le plus brièvement possible.

1031. On peut ramener à deux arguments principaux les raisonnements dont on s'est servi pour continuer à appliquer l'art. 291

aux sociétés religieuses. Les arguments ont été puisés dans une double distinction, essayée d'abord, et puis admise en principe, entre la liberté de conscience et la liberté de l'exercice du culte, entre les cultes existant au moment de la promulgation de la charte et ceux qui ne seraient établis que depuis cette époque. C'est à l'aide de ces distinctions que la cour de cassation, considérant l'art. 291 tantôt comme une loi de police et une mesure secondaire de surveillance, tantôt comme une barrière élevée seulement en vue des cultes nouveaux, l'a maintenu jusqu'ici.

Les motifs qui fondent la première sont : « que la prohibition portée par l'article 291 est une mesure de police et de surveillance prescrite pour le maintien de l'ordre; que cette mesure concerne les réunions de plus de vingt personnes formées pour s'occuper d'objets religieux, politiques, littéraires ou autres; que l'article 5 de la charte, exclusivement relatif à la religion et aux cultes, n'a ni abrogé ni pu abroger la disposition de l'article 291 sur les réunions s'occupant d'objets politiques, littéraires ou autres; qu'ainsi, pour décider qu'il abroge la disposition sur les réunions concernant les objets religieux, il faudrait admettre que dans l'article 291 il a conservé deux parties dont il maintient l'une et détruit l'autre; que ni cette distinction ni cette abrogation partielle ne sauraient être reconnues qu'autant qu'on les trouverait écrites dans le texte de l'article 5, ou qu'elles deviendraient le résultat implicite mais nécessaire de ses dispositions, que ni l'une ni l'autre ne sont écrites dans le texte qui n'en parle point; qu'elles ne sont pas non plus le résultat implicite mais nécessaire de sa disposition; qu'en effet, nulle incompatibilité n'existe entre l'exercice individuel de cette liberté, et l'obligation de la subordonner aux mesures de surveillance et de police que réclame le maintien de l'ordre, lorsqu'il se forme pour l'exercice d'un culte une réunion de plus de vingt personnes [1]. » Dans un arrêt plus récent, la même cour, s'attachant à soutenir la même distinction, a posé plus explicitement en principe : « que l'article 5 de la charte,

[1] Cass. 19 août 1830, Journ. du dr. crim. 1830, p. 304.

en garantissant à chaque citoyen le droit de professer librement sa religion, n'a point entendu soustraire l'exercice public des cultes à l'action de l'autorité; qu'au contraire le § 2 de cet article 5, en assurant à tous les cultes une égale protection, les soumet tous généralement aux mêmes mesures de police générale; qu'il suit de là qu'un culte quelconque ne peut être exercé publiquement, qu'autant qu'il a été autorisé par le gouvernement [1]. » Ces deux arrêts résument à peu près l'argumentation que nous avons dessein de combattre.

Ils se fondent, d'abord, sur une distinction entre la liberté de conscience et la liberté de l'exercice du culte, qu'il nous paraît difficile d'admettre. Il est de l'essence de toute religion de porter les hommes qui la professent à s'unir entre eux, à s'associer pour penser et sentir ensemble. C'est ce sentiment impérieux qui a créé le prosélytisme, mot exclusivement consacré à exprimer ce besoin des croyances religieuses. La profession d'un culte, c'est donc le droit, pour ceux qui ont un même symbole et des croyances communes, de se réunir et se former en société. La liberté religieuse, c'est le droit de croire et de prier ensemble. En proclamant que « chacun professe sa religion avec la même liberté et obtient pour son culte la même protection, » la charte n'a donc pas proclamé seulement la liberté de conscience, mais la liberté du culte. Et que serait-ce, en effet, que cette libre profession de la religion, si elle était restreinte au culte individuel? La prière isolée a-t-elle besoin de protection? La pensée ne brave-t-elle pas les défenses de la loi? Vous distinguez le culte extérieur, et vous le soumettez seul à l'empire de la loi; mais qu'est-ce donc que le culte intérieur, si ce n'est l'élévation de l'âme vers le Dieu qu'elle a choisi; et qu'est-il besoin de l'appui de la loi pour assurer à chacun le droit suivre en secret ses inspirations religieuses? Cette proclamation solennelle de la liberté des cultes ne s'appliquerait qu'à la liberté de conscience! Mais, avant la charte, cette liberté était inscrite dans nos lois, et les temps des persécutions étaient

[1] Cass. 22 juill. 1837, Journ. du dr. crim. 1837, p. 181. — *Voy.* aussi cass. 22 avr. 1843, Bull. n° 88.

passés. Qu'était-il donc besoin qu'elle fût scellée dans l'acte constitutionnel? Quel bienfait nouveau apportait-elle parmi nous? Non, la liberté religieuse, ce n'est pas seulement la liberté de penser, c'est celle de professer son culte, de rechercher ceux qui confessent la même foi, de se réunir dans les mêmes actes de piété, de s'associer pour se rattacher au même symbole. Telles sont les conséquences immédiates du principe que la loi a consacré, et elle n'en a point restreint la puissance.

On affecte de n'apercevoir dans l'article 291 qu'une mesure de police qui serait destinée à contenir les assemblées religieuses, sans toucher au principe de la liberté. Cette thèse peut être soutenue à l'égard des assemblées politiques, parce que les citoyens n'ont point un droit absolu à se réunir, parce que la liberté d'association se trouve nécessairement subordonnée aux exigences de l'ordre public, et que cet ordre est évidemment compromis, aux époques de fièvre politique, par des réunions dont les passions peuvent former un foyer de sédition : ce qui justifie alors la mesure de police, c'est la nécessité sociale. Mais comment invoquer cette nécessité, quand il s'agit d'une réunion purement religieuse? Car, si la religion n'est qu'un voile destiné à protéger l'ambition humaine, nous ne voulons plus d'exception pour l'association qui s'en fait une égide. Il ne s'agit donc que d'une association exclusivement religieuse; or, une telle association ne peut apporter qu'un trouble faible et secondaire au sein de l'État; elle n'exige point les mêmes précautions de police. Et puis, si le droit de l'association politique est relatif et variable, celui de l'association religieuse est immuable et absolu : là, la mesure de police peut aller, dans certains cas, jusqu'à la prohibition; ici, toute entrave serait la lésion d'un droit sacré. Or, est-il besoin de prouver que la nécessité d'une permission pour se réunir est un empiétement sur un principe de liberté qui n'admet aucunes limites? Il n'y a point liberté entière d'un culte là où les personnes qui le professent ne peuvent se réunir, en quelque nombre que ce soit, sans se trouver en contravention; là où il faut solliciter une permission, et où un officier de police peut, à son gré, fermer le temple et chasser les fidèles. Une pareille puis-

sance anéantit le droit; mais il suffirait qu'elle en restreignît, qu'elle en gênât l'exercice, pour qu'elle fût inconciliable avec la charte, et cette inconciliabilité en proclame l'abrogation.

Vainement on voudrait soutenir que la loi pénale, comme loi secondaire et de police, peut échapper aux règles générales de la constitution. En ce qui concerne la liberté religieuse, les articles 291 et 294 tiennent la place d'une législation entière, et sont l'application immédiate de règles générales du même ordre que celles que renferment les articles 5 et 6 de la charte : il s'agit, dans l'une comme dans l'autre loi, de déterminer la liberté des cultes; elles diffèrent l'une de l'autre, puisqu'ici cette liberté est entière, tandis que là elle n'existe qu'avec d'étroites restrictions : mais leur objet est identique; et dès lors il est impossible que celle de ces deux législations qui a été postérieurement promulguée n'exerce pas une grave influence sur la première. Le code pénal ne forme point d'ailleurs une de ces lois spéciales qui échappent à l'empire des principes généraux, parce qu'elles sont en dehors du droit commun; il forme lui-même la loi commune, et il subit toutes les modifications qui affectent cette loi même.

1032. [[Nous devons ajouter néanmoins que cette doctrine n'a point été suivie par la jurisprudence. La loi du 28 juillet 1848 avait maintenu les réunions ayant pour objet exclusif l'exercice d'un culte quelconque, et les lois des 29 juin 1849 et 6 juin 1850, qui avaient fermé les clubs, n'avaient pas touché aux réunions religieuses [1]. Mais la loi du 21 juin 1851, et surtout le décret du 25 mars 1852, en étendant la pénalité de l'article 291 aux réunions publiques, de quelque nature qu'elles soient, a paru envelopper même les réunions religieuses. C'est ce qui a été décidé par un arrêt qui dispose : « que le décret du 25 mars 1852 a été promulgué dans la plénitude de la puissance législative attribuée au président de la république par l'article 58 de la constitution du 14 janvier 1852; que ce décret, après avoir abrogé d'une manière expresse le décret du 28 juillet 1848

[1] Cass. 14 nov. 1851, Bull. n° 477.

sur les clubs, à l'exception de l'article 13, qui interdit les sociétés secrètes, déclare, par son article 2, que les articles 291, 292 et 294 code pénal et les articles 1, 2 et 3 de la loi du 10 avril 1834 sont applicables aux réunions publiques, de quelque nature qu'elles soient; que cette dernière disposition est générale; qu'elle ne supporte aucune distinction ni exception; qu'elle embrasse en conséquence les réunions ayant pour objet l'exercice d'un culte; que le principe de la liberté des cultes, garanti par les articles 1 et 26 de la constitution du 14 janvier 1852, n'est point incompatible avec les lois de police qui doivent régir toutes les réunions publiques, quels que soient la cause et le but de ces réunions; qu'il n'exclut donc ni la surveillance de l'autorité publique, ni les mesures de police et de sûreté sans lesquelles cette surveillance serait inefficace; qu'il ne se concilie pas moins avec la nécessité d'obtenir l'autorisation du gouvernement dans les cas prévus par l'article 291, relativement aux réunions dont le but est de s'occuper d'objets religieux [1]. »]]

1033. Un deuxième argument a pris sa force dans une distinction que la jurisprudence et puis la loi ont introduite parmi les cultes. On sépare les cultes existant au moment de la promulgation de la charte et ceux qui n'ont pris naissance que depuis; aux premiers seuls s'appliqueraient ces mots : *légalement reconnus par l'État;* les autres, nés depuis et n'étant point encore émancipés, seraient maintenus sous la tutelle de l'Etat. Telle est la distinction tracée par les arrêts qui ont décidé d'une part : « que les associations de plus de vingt personnes, pour l'exercice des cultes *autorisés par l'État*, ne sont pas dans la catégorie de celles pour lesquelles l'article 291 exige l'agrément du gouvernement [2]; » et d'un autre côté: « que si, depuis la promulgation de la charte, les lois organiques des *cultes reconnus* ont conservé leur vigueur, les réunions et associations pour l'exercice en commun des cultes *non reconnus* ne peuvent jouir du privilége d'être affranchies de toutes règles et prescriptions de la législation

[1] Cass. 9 déc. 1853, Bull. n° 576.

[2] Cass. 23 avr. 1830, Journ. du dr. crim. 1830, p. 219.

générale [1]. » Cette distinction s'est étayée des termes de l'article 6 de la loi du 25 mars 1822, qui a puni les outrages faits à un ministre de *l'une des religions légalement reconnues en France ;* plusieurs lois, et notamment celle du 20 avril 1835 aujourd'hui abrogée, ont recueilli les mêmes expressions. [[L'article 7 de la constitution du 4 novembre 1848 les avait expliquées et restreintes dans les termes suivants : « Chacun professe librement sa religion et reçoit de l'État, pour l'exercice de son culte, une égale protection. Les ministres soit des cultes actuellement reconnus par la loi, soit de ceux qui seraient reconnus à l'avenir, ont le droit de recevoir un traitement de l'État. »]]

Nous concevons que la loi puisse ne pas ranger sur la même ligne la religion naissante qui n'élève encore qu'une voix timide et presque isolée, et celle que les temps et le respect des peuples ont consacrée : la première ne donne aucun gage à la sécurité publique ; l'État ne connaît que confusément ses doctrines ; il doit la voir avec défiance ; elle végétera longtemps à l'état de secte et d'association. L'autre, au contraire, par ses lois organiques, par ses doctrines éprouvées par la discussion, par le nombre de ses adeptes, offre les plus rassurantes garanties. La surveillance qui entoure l'une et l'autre pourra donc n'être pas la même : elle déploiera plus d'activité et de précautions à l'égard de la nouvelle secte ; mais elle devra se borner à épier ses actes. Car, quelle que soit la distance qui sépare la secte et la religion établie, leur établissement prend sa source dans le même principe de liberté ; elles en sont l'une et l'autre des corollaires identiques. Peut-être toutefois le législateur pouvait-il faire acception des garanties différentes que présentent les deux associations ; mais il ne l'a pas fait : la règle qu'il a posée est générale ; elle comprend nécessairement toutes les associations qui ont pour objet l'exercice d'un culte.

A la vérité, on veut limiter l'empire de cette règle aux cultes existant au moment de la promulgation de la charte. Mais ce ne serait plus alors un principe organique, mais une règle spéciale qui ne s'ap-

[1] Cass. 3 déc. 1836, Journ. du dr. crim. 1837, p. 295.

pliquerait qu'à des associations déterminées; la charte, au lieu du droit commun, n'aurait établi qu'une exception; les cultes reconnus ne jouiraient de la liberté que par privilége : or, est-il possible d'admettre un tel sens et de telles restrictions, lorsqu'il s'agit des textes de la loi constitutionnelle? N'est-ce pas surtout à l'égard de ces textes que l'interprétation doit être large et féconde? Et puis, comment comprendre que des cultes puissent être reconnus, c'est-à-dire autorisés par l'Etat? L'administration devra-t-elle se faire dogmatique, casuiste, pour examiner les doctrines, analyser les symboles, critiquer les formes extérieures de telle ou telle croyance? Conçoit-on qu'une croyance soit soumise à solliciter des lettres patentes, comme s'il s'agissait d'un titre ou d'un établissement industriel?

Cette distinction a sans doute été faite par quelques lois postérieures à la charte; mais quel était l'objet de ces lois? de punir des outrages qui auraient pu être commis envers les ministres des cultes, par une peine en quelque sorte privilégiée ou d'atteindre par un châtiment également plus grave les vols commis dans les temples : or, lorsqu'il s'agit d'accorder pour ainsi dire un privilége à des cultes, en plaçant leurs ministres et leurs temples hors du droit commun pour les protéger, on conçoit que la loi soit libre de faire une distinction et de n'étendre cette protection spéciale qu'aux cultes dont l'existence est entourée de garanties. Les cultes nouveaux ne demandent point une telle protection; ils n'étendent pas aussi loin celle que la charte leur assure; ils ne peuvent prétendre qu'à la tolérance, au droit d'exister librement; ainsi, on ne saurait faire rétroagir jusqu'à cette existence même une distinction qui n'a pour but que d'accorder à certains cultes, qui ont obtenu le droit de cité dans l'Etat, une protection spéciale. Autre chose est le trouble dont ils peuvent être l'objet, autre chose est le droit même d'exister : ce trouble peut être réprimé avec plus ou moins de sévérité, suivant que l'association religieuse mérite plus ou moins de faveur; mais le droit à l'existence n'est pas susceptible du plus ou du moins; il est un et le même dans toutes les associations; il n'y a point de distinction qui puisse en limiter l'application.

Telles sont les observations dans lesquelles nous sommes forcés par notre matière de renfermer cette immense question. Nous ne pouvons mieux résumer notre opinion qu'en rappelant les paroles de M. le procureur général Dupin, dans l'affaire Poisot. « Dans l'état actuel de notre législation constitutionnelle, disait ce magistrat, je conçois le droit de l'autorité administrative de surveiller l'exercice des cultes comme toute antre réunion ; le droit de constater et de faire punir les délits qui peuvent se rattacher à cet exercice, et pour cela l'utilité d'une déclaration préalable pour appeler la surveillance. Mais je ne puis admettre ni le droit péremptoire de refus, ni le silence équivalent au refus, comme moyens légitimes d'empêcher les citoyens d'exercer leur culte en toute liberté. Cette liberté n'est point sujette à autorisation préalable, elle n'est point subordonnée à une permission facultative. »

La liberté de conscience est vaine et stérile, si le culte qui en est l'expression n'est pas libre; la liberté du culte n'existe pas, s'il a besoin pour s'exercer d'une autorisation préalable. Et c'est le cas de rappeler la parole du chancelier de l'Hôpital, heureusement citée par M. Dupin : « *La liberté seule n'est pas liberté.* Il n'y a de liberté, en effet, a ajouté ce magistrat, que celle qui est suffisamment garantie et dont on jouit réellement : la liberté est l'action ; cette liberté est descendue de la philosophie dans les lois; il est temps qu'elle passe des lois dans les arrêts [1]. »

1034. [[Mais il est encore nécessaire d'ajouter ici, à côté de ces réflexions théoriques, les règles consacrées par la jurisprudence. Il est hors de doute, d'abord, que l'autorité administrative ne peut exercer aucun pouvoir sur la police intérieure des cultes : ainsi, elle ne peut prendre aucun arrêté pour régler l'organisation ou les rites du culte israélite, et les règlements existants à cet égard n'ont pas de sanction pénale [2]. Ainsi, il ne lui appartient pas d'écarter par un arrêté un

[1] Réquisitoire qui a précédé l'arrêt du 18 sept. 1830, Journ. du dr. crim. 1830, p. 327. — *Voy.* cependant une dissertation de M. Hello, et cass. 12 avr. 1838, Bull. nº 100.

[2] Cass. 20 fév. 1851, Bull. nº 70; 23 août 1851, bull. nº 353.

étranger des fonctions de ministre d'une église du culte protestant, et cette interdiction ne serait également sanctionnée par aucune disposition pénale [1]. Mais il n'en est point ainsi de la police extérieure : que les cultes rentrent ou ne rentrent pas dans la classe de ceux qui sont reconnus par l'État, les réunions qu'ils provoquent, dès qu'elles sont publiques, ne peuvent avoir lieu qu'avec l'agrément du gouvernement : c'est la conséquence de l'art. 291 rapproché de l'art. 1er du décret du 25 mars 1852 [2]. S'il s'agit d'un culte reconnu par l'État, c'est au ministre des cultes que l'autorisation doit être demandée [3]. S'il s'agit d'un culte non reconnu, la réunion rentre dans la catégorie des réunions publiques, de quelque nature qu'elles soient, qui, aux termes du décret du 25 mars 1852, ne peuvent se former qu'avec la permission du préfet : les infractions, dans l'un et l'autre cas, rentreraient dans les termes de l'art. 292.]]

1055. Après avoir fixé le caractère de l'infraction et les conditions de l'incrimination de cette infraction, nous devons passer à l'examen des pénalités qui lui sont applicables. Les dispositions du code ont été modifiées sous un double rapport ; l'article 292 portait : « Toute association de la nature ci-dessus exprimée, qui sera formée sans autorisation, ou qui, après l'avoir obtenue, aura enfreint les conditions à elle imposées, sera dissoute. Les chefs, directeurs ou administrateurs de l'association, seront en outre punis d'une amende de 16 à 200 fr. » Ainsi, d'une part, la peine n'était qu'une simple amende de 16 à 200 francs ; de l'autre, elle s'arrêtait aux chefs, aux directeurs. L'article 2 de la loi du 10 avril 1834 a changé ces deux points : « Quiconque, porte cet article, fait partie d'une association non autorisée, sera puni de deux mois à un an d'emprisonnement, et de 50 à 1,000 francs d'amende ; en cas de récidive, les peines pourront être portées au double. Le condamné pourra, dans le dernier cas, être placé sous la surveillance de la haute police pendant un

[1] Cass. 14 nov. 1851, Bull. n° 477.
[2] Cass. 9 déc. 1853, Bull. n° 576.
[3] Loi du 18 germinal an X.

temps qui n'excédera pas le double du *maximum* de la peine. L'article 463 du code pénal pourra être appliqué dans tous les cas. »

L'aggravation du taux de la peine a été motivée en ces termes : « Votre commission, a dit le rapporteur de la chambre des députés, a porté toute son attention sur la pénalité qu'établit le projet ; elle a pensé que la disposition de l'article 291 était du nombre de celles sur lesquelles des circonstances graves ou les nouveaux besoins de la société devraient exercer une influence nécessaire et immédiate. Qui pourra, en effet, s'aveugler au point de croire que la pénalité du code soit une répression suffisante et efficace ? Votre commission partage donc l'opinion qu'elle doit être sévère. » Quant à l'application de cette pénalité, non-seulement aux chefs et directeurs, mais aux autres membres de l'association, ses motifs ont été que c'était là le seul moyen de prévenir des affiliations auxquelles on résisterait d'autant moins qu'on saurait à l'avance qu'elles sont sans danger ; que si la loi n'atteignait que les chefs, ceux-ci sauraient se cacher, et que les poursuites resteraient impuissantes.

La peine de la surveillance a excité, dans le sein de la chambre des députés, de vives réclamations ; nous citerons ici les paroles du rapporteur : « Devez-vous refuser à la loi cette garantie sans laquelle elle serait inefficace? Vous ne le pensez pas. Quel intérêt peut donc inspirer, quelle excuse peut donc invoquer celui qui, connaissant la prohibition de la loi, averti par une première condamnation, s'expose à encourir une seconde fois toute la sévérité de la loi? Cette obstination le constitue en état de rébellion ouverte ; sa présence peut inspirer de légitimes inquiétudes, et l'autorité doit avoir le droit de l'éloigner du lieu où il a bravé la volonté de la loi et les arrêts de la justice... Le juge reconnaît des circonstances atténuantes : s'il abaisse les peines, comment supposer qu'il prononcera la surveillance? Et si cette dernière peine est prononcée, n'est-il pas évident qu'elle n'aura qu'une très-courte durée? C'est une faculté que la loi doit réserver aux tribunaux. Les magistrats examineront la nature de l'association : si ce sont des associations littéraires, ils n'appliqueront certainement pas la peine de la surveillance ; mais si ces associations sont dange-

reuses, si des individus déjà condamnés s'obstinent à violer la loi, ils useront de la faculté qui leur est confiée. » On a demandé si la loi, en mesurant la durée de la surveillance au double de la peine, avait voulu parler de la peine *prononcée* par le jugement de condamnation, ou de la peine *portée par la loi*. La question a été décidée par le rapporteur dans ce dernier sens [1]. Mais il résulte du moins du texte de la loi que la surveillance ne peut être prononcée qu'en cas de récidive; que même dans ce cas elle est facultative, et que la loi n'ayant fixé que son *maximum*, les juges peuvent en limiter la durée autant qu'ils le jugent convenable. Cette dernière faculté est une dérogation au principe du code qui a fixé à la surveillance un *minimum* général de cinq années. Nous exprimerons à ce sujet le désir que cette innovation, qui s'est reproduite dans la loi du 24 mai 1834 [2], soit recueillie un jour par le code lui-même. Les peines fixes sont essentiellement injustes, parce qu'elles frappent uniformément des délits qui n'ont jamais une valeur morale identique; d'ailleurs, la latitude laissée au juge dans la distribution de la peine est l'un des principes fondamentaux de notre législation pénale.

1036. L'article 293, qui punit la provocation à des crimes ou délits faits dans le sein même des associations, doit continuer d'être exécuté, car aucune disposition de la loi du 10 avril 1834 ne l'a abrogé. Cet article est ainsi conçu : « Si, par discours, exhortations, invocations ou prières, en quelque lieu que ce soit, ou par lecture, affiche, publication ou distribution d'objets quelconques, il a été fait, dans ces assemblées, quelque provocation à des crimes ou à des délits, la peine sera de 100 fr. à 300 fr. et deux ans d'emprisonnement, contre les chefs, directeurs et administrateurs de ces associations, sans préjudice des peines plus fortes qui seraient portées par la loi contre les individus personnellement coupables de la provocation, lesquels, en aucun cas, ne pourront être punis d'une moindre

[1] Moniteur du 25 mars 1834, suppl.

[2] *Voy.* notre t. 2, nº 374.

peine que celle infligée aux chefs, directeurs et administrateurs de l'association. »

Quoique cet article ne soit point abrogé par la loi du 10 avril 1834, il est facile d'apercevoir qu'il n'est point en harmonie avec cette loi. Ainsi l'article laisse encore subsister la distinction des chefs et des simples membres de l'association, distinction que l'article 2 de la loi a voulu effacer; ainsi ces chefs et directeurs, dans l'espèce de l'article 293 qui les suppose plus coupables, ne sont pas passibles de la surveillance, tandis que la loi de 1834 permet d'infliger cette peine pour le seul fait d'avoir été membre d'une association non autorisée. Néanmoins ces anomalies ne sont pas assez graves pour mettre en question l'existence légale de l'article 293. Cet article a un double effet : d'abord, de faire peser sur les chefs une responsabilité plus grave quand l'association prend un caractère plus dangereux; ensuite, d'élever le *minimum* de la peine applicable au membre provocateur qui aura donné lieu à des poursuites. Cette peine ne peut être moindre que celle appliquée au directeur. Il est à remarquer, du reste, que cette disposition, différente en cela de celles qui la précèdent et la suivent, est exclusivement répressive : le législateur n'élève la responsabilité qu'à raison d'un délit accompli; les difficultés qui ont entravé l'application des autres articles ne pourraient donc atteindre celui-ci.

1037. Il nous reste à faire l'examen d'une dernière infraction destinée à compléter les prohibitions de l'article 291, et qui participe de la nature des contraventions prévues par cet article. L'article 294 est ainsi conçu : « Tout individu qui, sans la permission de l'autorité municipale, aura accordé ou consenti l'usage de sa maison ou de son appartement, en tout ou partie, pour la réunion des membres d'une association même autorisée, ou pour l'exercice d'un culte, sera puni d'une amende de 16 fr. à 200 fr. » La loi du 10 avril 1834 a vu dans cet article une lacune pour les cas où le seul local serait prêté à une association non autorisée; elle a donc ajouté par son art. 3 : « Seront considérés comme complices du délit d'association illicite,

et punis comme tels, ceux qui auront prêté ou loué sciemment leur maison ou appartement pour une ou plusieurs réunions d'une association non autorisée. »

Cette disposition additionnelle a été motivée en ces termes : « Le projet est muet à l'égard des individus qui accordent l'usage de leur maison ou de leur appartement pour la réunion des membres de l'association : une distinction nous paraît devoir être admise. Si le local est abandonné à une association *non autorisée*, le propriétaire qui le concède fournit à cette association les moyens de violer la loi ; par cela même il est complice et doit être puni comme tel. Si, au contraire, l'association est autorisée, et que seulement celui qui cède le local n'ait pas obtenu l'autorisation de l'autorité municipale, et que par sa négligence il ait privé cette autorité du droit de surveillance qui lui appartient, il n'aura commis qu'une faute légère ; la peine prononcée par l'art. 294 sera suffisante. » Le mot *sciemment* n'existait pas dans la rédaction primitive, et il fut ajouté sur la proposition de deux députés qui se fondèrent sur ce qu'en matière de contraventions, il suffit que le fait matériel ait lieu pour que la peine doive être prononcée. C'était évidemment une application inexacte d'un principe vrai en lui-même ; car il n'y aurait pas évidemment contravention de la part du propriétaire qui n'aurait pas su que son local devait servir à la réunion d'une association. Ainsi, alors même que le mot *sciemment* n'eût pas été inséré dans la loi, il eût été hors de doute que le propriétaire ne devenait passible des peines plus graves de cette loi que lorsqu'il aurait su que la maison qu'il tenait ou prêtait devait recevoir une association *non autorisée*, car sans cette condition il n'y aurait point de complicité. C'est par suite du même principe que, sur la question de savoir si l'article 463 s'étendait à cette espèce, il fut répondu : « que cette application résultait de ce que le complice suit la condition de l'accusé, et que par conséquent toutes les atténuations et tous les adoucissements qu'obtient l'accusé lui deviennent applicables [1]. »

[1] Moniteur du 25 mars 1834, suppl.

1038. En ce qui concerne les réunions religieuses, l'article 294 diffère des articles 291 et 292, en ce qu'il prévoit spécialement les réunions qui ont pour but *l'exercice d'un culte*, tandis que les deux autres ne prohibent que les associations religieuses non autorisées. De cette différence on a déduit comme un corollaire que l'article 294 s'étendait à tous les cultes, tandis que les art. 291 et 292 étaient restreints aux seuls cultes non reconnus par l'État; et l'on a vu dans cette diversité de termes une sorte d'argument à l'appui d'une distinction que nous avons combattue. Il eût été plus logique d'en tirer cette conséquence, que dès que ces deux derniers articles ne se sont point servis du mot *culte* employé dans l'article 294, c'est que, dans la pensée du législateur, ils ne devaient jamais s'étendre au culte public d'une religion, et que leur seul but était de défendre l'ordre public contre les sectes clandestines et les associations religieuses qui se propagent dans l'ombre. L'article 294, au contraire, s'applique non pas seulement aux associations secrètes, mais aux cultes et à leur exercice.

En effet, le droit de se réunir en quelque nombre que ce soit, dans une maison privée, même pour l'exercice d'un culte, ne peut être absolu, car l'exercice d'un tel droit donnerait lieu aux plus graves désordres. La liberté, en cette matière, est nécessairement subordonnée à la faculté, non d'en restreindre, mais d'en surveiller l'exercice, qui est attribuée à l'autorité administrative. Cette distinction se trouve formulée dans le rapprochement de l'article 294 avec l'article 17 de la loi du 7 vendémiaire an IV. Ce dernier article est ainsi conçu : « L'enceinte choisie pour l'exercice d'un culte sera indiquée et déclarée à l'adjoint municipal dans les communes au-dessous de cinq mille âmes, et dans les autres aux administrations municipales de canton ou d'arrondissement. Cette déclaration sera transcrite sur le registre ordinaire de la municipalité ou de la commune, et il en sera envoyé expédition au greffe de la police correctionnelle du canton. Il est défendu d'user de ladite enceinte avant d'avoir rempli cette formalité. » Au moyen d'une telle déclaration, l'enceinte devient publique; l'officier municipal peut y pénétrer; la surveillance

s'y exerce. Cet article se concilie donc parfaitement avec l'article 294 : celui-ci prohibe les réunions religieuses dans un lieu privé, et par conséquent inaccessible à la surveillance ; celui-là autorise ces réunions, mais seulement quand le lieu est devenu public par la déclaration faite à l'avance de sa destination : l'un élève un obstacle à l'exercice des cultes dans les maisons particulières ; l'autre avait déjà posé le même principe en modifiant le caractère du lieu au moment même de la réunion. Il semble suivre de là que l'article 17, qu'aucune loi n'a spécialement abrogé, subsiste encore et peut s'appliquer, concurremment avec l'article 194, à l'exercice des cultes.

1039. La cour de cassation a, en quelque sorte, consacré cette distinction entre l'exercice du culte dans un lieu public et dans une maison privée, en décidant, par un arrêt du 12 septembre 1828, que l'infraction prévue par l'article 294 disparaît, quand l'autorité publique a connu les réunions et a pu s'introduire dans le lieu où elles s'opéraient. Il faut rapporter les motifs de cet arrêt : « Attendu qu'il est constaté, en fait, que le prévenu avait remis au commissaire une clef du local où il exerçait son culte ; que, par suite de cette remise, le commissaire de police s'est introduit, toutes les fois qu'il l'a jugé convenable, dans l'intérieur du local ; qu'il s'y est présenté à différents jours et à différentes heures, jusqu'à quatre, cinq et six fois dans une même journée, et n'y a jamais trouvé de réunions excédant vingt personnes ; d'où il suit que l'autorité municipale, dont le commissaire est un des principaux agents, a connu et l'exercice du culte et le lieu où il s'exerçait, sans qu'elle ait pris aucune mesure pour le faire cesser ; qu'on ne peut, par conséquent, imputer au prévenu la clandestinité de l'exercice de son culte ; qu'il a lui-même mis l'autorité à portée d'exercer la surveillance qu'elle jugerait convenable, et que cette surveillance a été à cet effet exercée par le commissaire de police ; que la permission exigée par la loi, sans qu'aucune disposition en ait réglé la forme, résulte de ces faits[1]. » Il résulte implicitement de cette décision que le vœu de la loi est satis-

[1] Cass. 12 sept. 1828, Journ. du dr. crim. 1829, p. 2.

fait quand la réunion n'a pas été clandestine, quand l'autorité a été avertie, quand elle a pu activement surveiller la maison. Mais la cour de cassation n'a pas été jusqu'à reconnaître la force obligatoire de l'article 17 de la loi du 7 vendémiaire an IV; en conséquence, dans son système, si ces réunions sont protégées par la faculté qu'elles ont donnée de surveiller, c'est parce que le silence de l'autorité est présumé contenir une autorisation; mais cette présomption cède devant la manifestation d'une intention contraire, et la déclaration préalable du lieu de la réunion ne suffit plus pour la légitimer, quand la défense a été régulièrement formulée.

Nous avons vu que l'article 3 de la loi du 10 avril 1834 punit comme complices de la contravention prévue par l'article 291, ceux qui ont loué sciemment leur maison pour les réunions d'une association non autorisée. Un propriétaire serait-il à l'abri des poursuites, s'il avait su qu'une association devait se réunir dans sa maison, et qu'il se fût contenté de la simple déclaration que l'association était autorisée, sans en exiger la preuve? Il faut décider qu'il serait punissable. En effet, sa responsabilité est engagée, dès qu'il sait qu'une association doit tenir ses séances dans sa maison; c'est donc pour lui une obligation d'exiger la preuve de l'autorisation, puisque ce défaut de cette autorisation l'expose à une peine plus forte; et sa négligence à cet égard constitue précisément la contravention que la loi nouvelle a voulu atteindre [1].

1040. Nous terminons cet examen des articles 291 et 294. Les développements qu'il nous a suggérés tiennent plus au principe qui a dicté ces articles qu'à l'explication de leurs textes. Ces textes, en général, sont peu importants; ils se résument dans une prohibition plus ou moins absolue. Mais il importait d'apprécier la nature et le droit de cette prohibition elle-même, son influence politique, ses rapports avec nos libertés constitutionnelles. Il résulte de cet examen qu'à l'exception de ce qui touche à l'exercice des cultes, l'application de ces articles, quoique restrictive d'un droit naturel, quoique la

[1] *Voy.*, dans le même sens, Duvergier, Collection des lois, t. 34, p. 3.

nécessité des circonstances la puisse seule justifier, n'est point en contradiction avec la loi fondamentale. Ce n'est qu'une loi de police, sollicitée par les temps, et dont l'infraction ne constitue point un délit moral, mais une simple contravention matérielle. La loi du 10 avril 1834, loin de le modifier, a formellement maintenu ce caractère : cette loi, qu'il ne faut appliquer qu'avec réserve, et dont il faut chercher le sens dans l'esprit qui l'a dictée plutôt que dans ses dispositions trop générales, n'a fait qu'imprimer par sa nature politique un sceau nouveau au caractère transitoire des dispositions du code. Le même caractère est évidemment empreint dans le décret du 25 mars 1852. Ces dispositions auront un terme, et l'on peut répéter la parole que nous avons déjà citée : « Il viendra un temps où la France pourra voir l'abolition de ces articles comme un nouveau développement de la liberté. » Le système de la prohibition fera place à un système purement répressif; les associations pourront se former, pourvu que leur but soit légitime et que le jour de la publicité éclaire leurs opérations.

1041. [[Il faut ajouter, pour compléter cette matière, que les sociétés secrètes sont, non plus soumises à une autorisation, mais interdites dans les termes les plus absolus. L'article 13 de la loi du 28 juillet 1848 est ainsi conçu : « Les sociétés secrètes sont interdites. Ceux qui seront convaincus d'avoir fait partie d'une société secrète seront punis d'une amende de 100 à 500 francs, d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et de la privation des droits civiques de un à cinq ans. Ces condamnations pourront être portées au double contre les chefs ou fondateurs desdites sociétés. Ces peines seront prononcées sans préjudice de celles qui pourront être encourues pour crimes ou délits prévus par les lois. » Les articles 1 et 2 du décret du 8 décembre 1851 porte que : « les individus reconnus coupables d'avoir fait partie d'une société secrète pourront être transportés, par mesure de sûreté générale, dans une colonie pénitentiaire, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. » Le décret du 25 mars 1852 maintient expressément l'article 13 de la loi du 28 juillet 1858. Il suit de cette législation que le seul fait de l'existence d'une société

secrète, qu'il faut bien distinguer des clubs et des associations publiques [1], est un délit, abstraction faite de son but et de ses tendances. La loi prohibe et frappe toute association secrète par cela seul qu'elle est secrète et qu'elle peut être un danger pour l'ordre. Il a été reconnu d'ailleurs qu'une association publique peut recéler une société secrète lorsque, en dehors du but avoué par ses statuts, elle en poursuit secrètement un autre et qu'elle enveloppe de fausses et trompeuses apparences un dessein qu'elle ne communique qu'à ses affiliés [2].]]

1042. En terminant cette matière, nous fermons la longue série des crimes et délits contre la paix publique, qui commence, dans le code pénal, par les crimes de faux, qui se continue par les attentats que les fonctionnaires peuvent commettre dans leurs fonctions et par les attaques dont l'autorité publique peut être l'objet, et qui se termine par les délits, plutôt préparatoires de délits que délits consommés, d'association de malfaiteurs, de vagabondage, de mendicité et de réunion illicite. Nous allons entamer maintenant la deuxième partie de la grande division des infractions punissables : les crimes et délits contre les particuliers.

[1] Cass. 7 juin 1849, Bull. nº 129.
[2] Cass. 13 déc. 1849, Journ. crim. t. 21, p. 362.

CHAPITRE XLVI.

DE L'HOMICIDE VOLONTAIRE.

(*Commentaire des art.* 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303 *et* 304 *du C. pén.*)

1043. Caractères généraux des crimes et délits contre les particuliers.
1044. Division de ces crimes et délits.
1045. De l'homicide et de ses différentes espèces.
1046. De l'homicide volontaire et des causes qui peuvent l'aggraver.

§ Ier.— *Du meurtre.*

1047. Définition du meurtre. Éléments qui constituent ce crime (art. 295).
1048. Il faut un acte matériel qui puisse donner la mort, ou l'émission d'un acte qui ait le même résultat.
1049. L'homicide moral, qui se consomme par les tortures de l'âme, rentre-t-il dans les termes de la loi ?
1050. Il faut, en second lieu, la volonté de donner la mort.
1051. La tentative, qui n'a été suspendue que par des actes indépendants de la volonté, emporte-t-elle par elle-même la volonté ?
1052. Il ne suffit pas d'ailleurs que les coups ou blessures aient été volontairement portés ; il faut qu'ils l'aient été avec l'intention de donner la mort.
1053. Quels faits peuvent établir la présomption de cette intention ?
1054. Question de savoir si la volonté de tuer suffit, si elle s'applique à une autre personne. Renvoi.
1055. Peines applicables à l'homicide volontaire (art. 304).

§ II. — *Du parricide.*

1056. Législation relative au parricide (art. 299).
1057. Le parricide n'est qu'un meurtre : double conséquence de cette règle.
1058. L'aggravation ne résulte que de la qualité de la personne sur laquelle il est commis.
1059. Quelles sont les personnes dont le meurtre est qualifié parricide (art. 299) ?
1060. Cette qualification s'applique au meurtre des père ou mère adoptifs.
1061. La validité de l'adoption est, dans ce cas, la condition de cette qualification.

1062. L'aggravation s'applique au meurtre des ascendants légitimes. Cas du meurtre commis par le gendre de la victime.
1063. Assimilation des complices à l'auteur principal, quand celui-ci est le descendant de la victime.
1064. A l'égard des enfants naturels ou adoptifs, la qualification s'arrête au meurtre des père et mère.
1065. Mode de constatation des éléments du crime dans les questions posées au jury.
1066. Peines du parricide dans l'ancien droit.
1067. Dans le droit nouveau.
1068. Le parricide n'est jamais excusable (art. 323) : double exception à cette règle.

§ III. — *De l'infanticide.*

1069. Législation ancienne sur cette matière.
1070. Dispositions des législations étrangères modernes.
1071. Éléments du crime dans notre code (art. 300).
1072. Le premier de ces éléments est la volonté de donner la mort.
1073. Le deuxième est que l'enfant, victime du meurtre, soit né vivant.
1074. Le troisième est que l'enfant soit nouveau-né. Quel est le sens de cette expression ?
1075. Le silence de la loi en remet l'interprétation au jury.
1076. Il y a infanticide si le meurtre est commis au moment même où l'enfant naît et avant qu'il n'ait respiré.
1077. Conséquences diverses de la définition légale.
1078. L'art. 300 est applicable à l'infanticide commis non-seulement par la mère, mais par toute autre personne.
1079. De la pénalité applicable à ce crime.

§ IV. — *De l'assassinat.*

1080. Définition de ce crime (art. 296).
1081. Caractères de la préméditation et du guet-apens (art. 297 et 298).
1082. La préméditation diffère essentiellement de la volonté criminelle.
1083. Faits distincts de l'un et de l'autre de ces deux éléments du crime.
1084. Nécessité de les constater séparément l'un et l'autre.
1085. La préméditation doit être déclarée à l'égard de chacun des coauteurs séparément ; elle peut l'être en commun à l'égard des complices.
1086. L'erreur dans la personne de la victime exclut-elle la préméditation de la part de l'agent ? Opinion des anciens jurisconsultes.
1087. Réfutation de cette opinion : l'erreur dans la victime n'exclut ni le meurtre ni la préméditation.
1088. Jurisprudence conforme à cette solution.

1089. Peines applicables à l'assassinat.

§ V. — *De la complicité du suicide.*

1090. La complicité du suicide réunit-elle les conditions du crime d'assassinat ?
1091. Ancienne législation sur le suicide.
1092. Cette législation a été abolie. Appréciation des effets de cette abolition.
1093. Le suicide n'étant plus un délit, la complicité de ce fait n'est plus punissable.
1094. Mais en est-il ainsi si le complice a, sur l'ordre de la victime, accompli l'homicide? Jurisprudence de la cour de la cassation.
1095. Cas d'un double suicide : jurisprudence de la cour de cassation.
1096. Examen de cette jurisprudence.
1097. Distinction entre la volonté de tuer et l'intention criminelle constitutive du meurtre.
1098. Cette distinction est confirmée par les textes de l'ancien droit et du droit nouveau.
1099. Son application dans l'action de tuer une personne avec le consentement et sur l'ordre de celle-ci.
1100. Dispositions spéciales des législations étrangères sur ce point.
1101. Lacune de notre législation à cet égard.
1102. Restriction dans le cas où le consentement a été arraché à la victime.
1103. Autre restriction dans le cas d'un double suicide exécuté par un seul des agents.

§ VI. — *De l'homicide volontaire commis dans un duel.*

1104. Position de la question.
1105. Origines de la coutume du duel.
1106. Premières mesures restrictives de cet usage.
1107. Pénalités de l'ancienne législation à cet égard.
1108. Cette législation ne s'appliquait pas exclusivement aux gentilshommes et n'était point un privilége de noblesse.
1109. Silence de la législation nouvelle sur le duel.
1110. Examen du décret du 17 septembre 1792.
1111. Examen du décret du 29 messidor an II.
1112. Notre code pénal ne s'est pas occupé du duel. Examen du rapport de M. Monseignat au corps législatif.
1113. Opinion de M. Merlin sur ce rapport.
1114. Quelle peut être l'autorité législative du rapport de M. Monseignat.
1115. Première jurisprudence de la cour de cassation déclarant que le duel ne constitue ni crime ni délit.
1116. Modifications apportées au code par la loi du 28 avril 1832, confirmatives de cette jurisprudence.

1117. Nouvelle jurisprudence de la cour de cassation : seconde interprétation de la loi pénale.

1118. Il ne s'agit point d'apprécier le caractère du duel, mais de rechercher s'il y a lieu de le punir à titre de meurtre ou d'assassinat.

1119. L'homicide commis en duel ne peut être justifié ni par l'absence de volonté, ni par la provocation, ni par la légitime défense.

1120. Il ne peut constituer qu'un assassinat ou une tentative d'assassinat, ou ne constitue aucun crime.

1121. L'homicide commis en duel n'est point un assassinat ni une tentative de ce crime.

1122. La convention qui précède le duel en fait un acte spécial et lui donne un caractère particulier.

1123. Comment cette convention doit être appréciée.

1124. Duel non suivi d'homicide ou de blessures : tentative d'assassinat.

1125. S'il n'y a eu que des blessures, le blessé doit être compris, comme co-auteur, dans la poursuite.

1126. S'il n'y a eu que des blessures, le fait peut être incriminé soit comme tentative de meurtre, soit comme délit de coups et blessures volontaires.

1127. Application de la jurisprudence aux témoins du duel.

1128. Exception établie en faveur de ceux qui se sont opposés au duel.

1129. Peines du code applicables au duel ; application des circonstances atténuantes.

1130. Si le duel doit trouver sa répression dans une détention préventive suivie d'un acquittement certain.

1131. Caractères spéciaux du duel qui le placent en dehors des dispositions du code.

1132. Le duel néanmoins doit être puni ; motifs de l'incriminer.

1133. Sous quels rapports il y a lieu de l'incriminer et de le punir : théorie de la matière.

1134. Cette théorie est approuvée par tous les publicistes qui ont écrit sur ce sujet.

1135. Elle a été reproduite et appliquée dans les six projets de loi qui ont été préparés et présentés aux chambres.

1136. Elle a été suivie par toutes les législations étrangères. Analyse de leurs dispositions.

1137. Conclusion de cette dissertation.

§ VII. — *De l'empoisonnement.*

1138. Caractère de ce crime.

1139. Peines qui lui sont applicables (art. 301).

1140. Conditions exigées pour l'existence du crime. Il faut d'abord qu'il y ait attentat à la vie.

1141. La préméditation est de la nature, et non de l'essence de ce crime.

1045. Nous avons terminé la longue série des crimes et des délits contre *la chose publique*. Une nouvelle classe d'offenses va maintenant se dérouler devant nous. Le titre 2 du livre 3 du code pénal, dont nous commençons l'examen dans ce chapitre, s'occupe des crimes et des délits *contre les particuliers*. Ces deux classes d'offenses diffèrent entre elles, en ce que celles-ci, quoique également destructives de l'ordre social, sont cependant principalement dirigées contre la personne ou les biens de l'individu qu'elles atteignent, tandis que les autres, même en s'attaquant aux personnes privées, menacent ouvertement le pouvoir social et ébranlent les bases de l'édifice public.

La loi pénale devait naturellement prendre pour premier objet de ses dispositions *les crimes publics*. Son premier but, en effet, doit être de maintenir, en les sanctionnant par des peines, les lois générales qui règlent l'organisation de la société; c'est le premier besoin des citoyens, car ce n'est que d'une société organisée et stable qu'ils peuvent attendre la protection de leur vie et de leurs propriétés. Mais si les crimes publics paraissent avoir une plus grande importance à raison de leur relation avec l'ordre politique, il ne faut pas en conclure qu'ils soient plus graves par leur nature et leur caractère que *les crimes privés ;* ceux-ci supposent en général une immoralité plus profonde et plus absolue [1]. C'est aussi sur leur nombre et sur leurs relevés statistiques que se mesure la situation morale d'un peuple : les autres tiennent plus aux circonstances politiques, ceux-ci à l'état des mœurs, de la religion, des lumières; enfin, s'ils n'attaquent pas directement le pouvoir social, ils l'ébranlent indirectement en se multipliant et en compromettant la sûreté des citoyens, car ils portent ceux-ci à douter de sa force et de sa prévoyance. Leur répression n'intéresse donc pas moins l'État que celle des crimes publics.

« Cette seconde partie, disait M. Faure dans l'exposé des motifs, embrasse un grand nombre d'attentats, dont la répression est indis-

[1] *Voy.* le développement des caractères des crimes politiques, t. 2, n°s 307 et 308.

pensable pour garantir à chacun des membres de la société la jouissance paisible de tous les avantages qu'il a droit d'attendre du pacte social. En vain les meilleures lois civiles auraient été faites, si la violence ou la fraude, l'intérêt ou la méchanceté pouvaient se jouer impunément de la vie, de la liberté, de l'honneur et de la fortune des citoyens. »

1044. La classe des crimes et délits *contre les particuliers* se divise naturellement en deux parties, suivant qu'ils menacent la personne des citoyens ou leurs propriétés. Le titre 2 du code se partage donc en deux chapitres, dont le premier est consacré *aux crimes et délits contre les personnes*, et l'autre *aux crimes et délits contre les propriétés*. Nous le suivrons dans cette classification, et nous commencerons en conséquence l'examen des offenses *contre les personnes ;* la première et la plus grande est l'homicide.

1045. L'homicide (*hominis cædes*) comprend, dans son sens le plus général, toute atteinte à la vie de l'homme (*violenta vitæ hominis ademptio*); mais sous cette dénomination générique se confondent des faits distincts par leur nature et par leur caractère moral. Ainsi l'homicide peut être le résultat d'un accident, il peut être la conséquence d'une faute, il peut être commis avec intention, enfin il peut être prémédité. Dans chacun de ces cas le fait se modifie et change de nature : là il n'est point punissable, ici il est passible d'une peine légère, plus loin il devient un crime grave, enfin le plus grave des crimes.

Il est donc d'une haute importance d'analyser avec soin les circonstances de l'homicide, afin d'en séparer les espèces, et de ne pas faire peser le même châtiment sur des faits qui n'ont pas la même valeur. Cette division indiquée par la nature des choses n'offre point de sérieuses difficultés.

Un ancien auteur a divisé les homicides en six espèces, qu'il a développées chacune dans un chapitre particulier : *manibus atque instrumento, linguâ, consensu vel permisso, signis, incantationibus, toxico ac veneno* [1]. Julius Clarus ramène toutes les espèces

[1] Dambouderius, Praxis criminalis, c. 68, p. 163.

d'homicide à deux espèces principales : l'homicide simple et l'homicide délibéré. Le premier est celui qui est exempt de toute préméditation; il se commet avec quatre circonstances distinctes, *necessitate*, *casu*, *culpâ*, *dolo*. L'homicide est *nécessaire*, quand il se commet dans le cas de légitime défense; *casuel*, quand il est le résultat d'un accident fortuit; imputable *(culposum)*, quand il prend sa source dans une faute ou une imprudence; enfin, coupable *(dolosum)*, quand il se commet avec intention de tuer, mais sans préméditation. L'homicide délibéré, qui forme la deuxième espèce, se produit également avec quatre modes de perpétration : *(ex proposito)* quand il s'exécute avec préméditation sans aucune circonstance; *(ex insidiis)* quand il se commet avec guet-apens; *(proditorié)* avec perfidie, si l'on frappe subitement un hôte, un ami, si l'on attaque une personne à l'improviste et par derrière; enfin *(per assassinium)* quand on fait commettre un homicide par un tiers, à prix d'argent [1].

Ces distinctions, puisées en grande partie dans la loi romaine [2], ont été reproduites par la plupart des jurisconsultes et des législateurs avec de légères modifications. Ainsi, d'après le droit commun de notre ancienne jurisprudence, l'homicide se divisait en quatre classes; il était *nécessaire*, *accidentel*, *par imprudence* et *volontaire* : *nécessaire*, quand il était permis par les lois; *accidentel*, quand il était commis par un cas fortuit; *par imprudence*, lorsqu'une prévoyance commune pouvait l'éviter; enfin, *volontaire*, quand il renfermait en soi la volonté de tuer. Cette dernière espèce se subdivisait en homicide *licite* et *illicite* : *licite*, quand il est non-seulement permis, mais commandé par la loi; *illicite*, quand la loi le défend; et il se commettait de deux manières, ou *sans délibération* ou *avec délibération*. Le premier était celui qui avait lieu dans un premier mouvement, *impetu iracundiæ*; l'autre avec un dessein formé à l'avance, *in animo occidentis ex intervallo antequam com-*

[1] Julii Clari Sententiarum lib. 5, § homicidium, n° 1, 14. Praxis Damhouderii, cap. 83, et infrà, § 4.

[2] L. 1, Dig. ad leg. Cornel. de sicariis, et Cod. eod. tit.

mittatur [1]. Le code de 1791, et après lui notre code, n'ont fait à peu près que recueillir cette division. L'homicide, d'après leurs dispositions, est *volontaire* ou *involontaire*. L'homicide volontaire est *légitime* ou *illégitime* : *légitime*, quand il est ordonné par la loi, ou commandé par l'autorité, ou la nécessité actuelle de la défense de soi-même ou d'autrui ; *illégitime*, quand il ne rentre dans aucun de ces cas de justification. *L'homicide involontaire* n'est puni par la loi pénale que lorsqu'il est le résultat d'une imprudence ou d'une négligence ; *l'homicide légitime*, que lorsqu'il excède l'ordre de l'autorité ou la nécessité de la défense. Nous nous occuperons de ces deux espèces d'homicide dans nos chapitres 49 et 51. Celui-ci est consacré à l'homicide commis volontairement et hors le cas de justification légale.

1046. L'homicide volontaire est qualifié *meurtre*. Le *meurtre* reçoit une aggravation soit de la qualité des personnes sur lesquelles il est commis, soit des circonstances qui en accompagnent la perpétration.

La qualité des personnes devient une circonstance aggravante du meurtre, quand il est commis soit sur les pères et mères légitimes, naturels ou adoptifs, soit sur les ascendants légitimes, ou quand il est commis sur un enfant nouveau-né. Cette espèce de meurtre est qualifiée par la loi *parricide* ou *infanticide*.

Le meurtre puise ensuite son aggravation dans les circonstances qui l'accompagnent : quand il est commis avec préméditation ou de guet-apens ; lorsqu'il s'exécute par l'emploi des substances qui peuvent donner la mort ; lorsqu'il s'accomplit avec des tortures ou des actes de barbarie ; enfin, quand il est précédé, accompagné ou suivi d'un autre crime.

Nous nous proposons, pour jeter plus de clarté dans notre travail, de traiter de ces différentes espèces du même crime dans autant de paragraphes distincts.

[1] Farinacius, quæst. 126, tit. 14, n° 8. Covarruvias, Var. resol., lib. 2, cap. 9, n° 2. Jousse, t. 2, p. 580. Muyart de Vouglans, p. 171.

§ 1er.

Du meurtre.

1047. Le code définit le meurtre dans son article 295 qui est ainsi conçu : « L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre. » Cette disposition n'est que la reproduction et la définition des docteurs : *Homicidium voluntarium dicitur illud quod committitur ex voluntate occidentis.*

Il résulte de cette définition que deux conditions sont nécessaires pour constituer le crime de meurtre :

L'homicide, c'est le fait matériel ;

La volonté de tuer, c'est la criminalité spéciale de l'acte inculpé.

Ces deux éléments exigent, pour être clairement compris, quelques développements.

Il n'y a point, en premier lieu, de meurtre quand il n'y a point d'homicide ou de tentative d'homicide. De cette règle simple et évidente par elle-même découlent plusieurs corollaires.

Le premier, c'est qu'il faut que l'homme sur lequel se commet l'attentat soit vivant encore au moment de sa consommation, puisque autrement il n'y aurait point d'homicide. Ainsi, fût-il atteint d'une maladie sans espoir, n'eût-il qu'une heure, un moment d'existence, l'acte qui abrége cette vie d'une heure ou d'un moment est un homicide. Mais s'il a cessé d'exister, soit par l'effet d'une maladie dont il était atteint, soit par un cas fortuit quelconque, au moment où l'attentat est commis, il n'y a plus d'homicide [1] ; le fait matériel manque ; il ne demeure plus qu'une volonté, coupable sans doute mais stérile. Car l'ignorance où l'agent était de la mort de la victime ne peut faire assimiler son acte au cas où il l'aurait produite ; on ne peut asseoir un crime sur une fiction.

Un deuxième corollaire auquel les anciens jurisconsultes attachent,

[1] L. 15, Dig. ad leg. Aquiliam.

dans leurs subtiles distinctions, une grande importance, est qu'il faut, pour l'existence du crime, que le but de l'attentat soit *d'ôter la vie à un homme*. Ainsi, lorsque la victime était l'un de ces êtres bizarres et misérables dans lesquels la forme humaine était altérée, ils décidaient, en suivant la loi romaine, que le meurtre de ces monstres n'était point un crime : *monstrosos partus sine fraude cædunto*. Cependant la jurisprudence dut définir ces êtres pour leur appliquer cette loi barbare, et sa définition fut sainement restrictive [1]; on distingua deux espèces de monstres, les uns qui n'étaient que difformes, les autres qui appartenaient à la fois à l'homme et à la bête; ces derniers seuls restèrent compris dans les termes de la loi qui permettait de les sacrifier. On retrouve ici les traditions de l'antiquité et les idées du paganisme, quoique les auteurs qui se sont beaucoup occupés de ces difficultés subtiles aient écrit sous l'empire des idées les plus ferventes du catholicisme [2].

Ces êtres mixtes, mélange bizarre de deux natures étrangères, étaient l'une des créations de ces temps, dont les dieux eux-mêmes appartenaient à demi à la nature humaine. Ces questions ont disparu avec les croyances et la barbarie de ces temps : toute créature, quelque difforme et bizarre qu'elle soit, lorsqu'elle est née de l'homme, est protégée par la loi; il n'est plus de monstre qui puisse faire reproduire des distinctions à jamais proscrites. *Mutilus homo est, quippe animam habet per quam homo est* [3].

Au surplus, par l'expression d'homme (*hominis cædes*), on doit comprendre tout le genre humain. *Lex Cornelia non de certo hominum genere loquitur, sed ipsam humanitatem tuetur*. Ainsi, quel que soit le sexe de la victime, quel que soit son âge ou sa religion,

[1] L. 28, Dig. de verb. significat. — Menochius, de arbit. jud. casu 491, n° 27. — Farinacius, quæst. 121, n° 91.

[2] Excusantur occidentes mulierum partus monstrosos prodigiosos, hoc est ab omni formâ alienâ et specie alienos, sed bruti cujuspiam formam referentes : tales enim partus neutiquam *baptizandi sunt*, sed illicò suffocandi.... ut *pulchrè* inquit Baldus. (Dambouderius, p. 243, ch. 84, n° 30.)

[3] Mathœus, l. 5, n° 6.

qu'elle soit étrangère ou regnicole, le crime est le même ; la loi protége l'humanité entière [1].

1048. Mais il est essentiel qu'il y ait un acte matériel qui puisse donner la mort ; ainsi il n'y aurait point lieu d'intenter une action pour homicide lorsque l'agent n'aurait mis en œuvre qu'un sortilége pour causer la mort, dans le cas même où il aurait foi dans sa puissance, ou bien lorsqu'il aurait employé une drogue qu'il croyait un poison et qui n'était point malfaisante. Car, en supposant même la volonté de donner la mort, cette volonté n'est point, dans ces deux espèces, accompagnée d'un commencement d'exécution de l'acte d'homicide, puisque l'acte exécuté ne pouvait dans aucun cas nuire à la vie de l'homme. Il faut que l'acte matériel, lorsqu'il n'a pas causé la mort, ait eu du moins en lui-même la puissance de la donner. Tels sont les coups qui, lors même qu'ils ne sont pas mortels, peuvent néanmoins constituer, s'ils ont été donnés avec l'intention de donner la mort, une accusation de meurtre. En effet, les coups, quel que soit leur résultat, constituent un commencement d'exécution du crime, puisque par leur nature ils auraient pu suffire pour le consommer.

L'homicide se commet non-seulement par un acte matériel, mais par une omission de cet acte. Telle serait l'omission de porter la nourriture à une personne séquestrée, pourvu qu'on fût chargé par devoir ou par fonctions de le faire. On pourrait encore assimiler à ce cas l'acte de priver une personne malade d'un remède prescrit, et dans lequel elle devait puiser la vie. On conçoit toutefois combien la question deviendrait difficile dans ce dernier cas, puisque pour apprécier l'acte il faudrait apprécier quels en ont été les effets, et par conséquent la position réelle du malade, la puissance du remède et son résultat présumable. La justice, encore bien qu'elle possède dans cette espèce un acte matériel, hésiterait sans doute à s'engager dans cette voie obscure. Quant au refus de porter secours à celui qui l'invoque, alors même que ce secours est un devoir des fonctions de l'agent,

[1] L. 2, Dig. ad leg. Corn. de sicariis.

nous verrons, dans un autre chapitre, qu'en général ce refus ne peut constituer qu'un homicide involontaire, ou même une simple infraction de police.

1049. Est-il nécessaire, pour l'existence de l'homicide, qu'il soit consommé par un acte matériel? L'homicide moral, celui qui tue par la torture de l'âme, rentre-t-il dans les termes de la loi pénale? Supposons qu'un mari ou qu'un père ne se serve de sa puissance que pour couvrir d'amertume les jours d'un enfant ou d'une femme ; qu'à dessein il use leur vie dans la douleur ; qu'il cherche à l'abréger par une souffrance morale continue et prolongée ; qu'enfin, par une barbarie calculée, il conduise ainsi pas à pas sa victime jusqu'à la tombe. N'est-ce donc point là un homicide? n'est-ce point le plus odieux de tous, celui qui décèle l'atrocité la plus révoltante? Nous n'hésitons point à le penser; mais la conséquence est-elle que la loi doive le punir? Comment faire la preuve d'un crime de cette nature ? Comment constater la puissance de la douleur et ses funestes effets ? Comment suivre les progrès et reconnaître les actes de ce poison moral qui a lentement tari les sources de la vie? La loi ne peut que rester muette à l'aspect de ce forfait, quand elle le soupçonne ; son impuissance la désarme et la condamne au silence, car elle craint de fonder une accusation sur des conjectures ; et toutefois ce ne serait que dans des conjectures qu'elle pourrait lui chercher une base, puisque aucun fait matériel ne surgirait dans cette hypothèse, et que les actes matériels tombent seuls sous son pouvoir.

1050. Nos observations ne se sont appliquées jusqu'ici qu'au fait matériel de l'homicide. Le deuxième élément du crime de meurtre consiste dans la *volonté de donner la mort.*

Cette volonté est un élément indispensable et constitutif du meurtre. Le crime subsiste encore, quand le fait matériel n'a pas été consommé, quand il n'a été que commencé, quand il ne se produit qu'en partie. Le crime ne subsiste plus, dès que la volonté n'a pas été entière, dès qu'un nuage plane sur son existence, dès qu'elle peut être révoquée en doute. *Divus Adrianus rescripsit eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse; et qui*

hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicidâ damnandum [1].

De ce principe il suit que la volonté de donner la mort doit être expressément constatée par le jury ; ainsi il ne suffirait pas que l'accusé fût déclaré, par exemple, coupable d'avoir donné des coups qui ont causé la mort, car ce verdict ne constaterait pas suffisamment *la volonté de tuer* qu'il a dû examier [2]. Il en serait de même toutes les fois que le verdict admet quelque circonstance qui puisse impliquer l'exclusion de la volonté, telle que la provocation ou la légitime défense [3].

Il résulte encore du même principe que la volonté, n'étant point une circonstance aggravante du meurtre, ne doit point être posée par une question distincte et séparée, puisque, suivant l'expression de la cour de cassation, « le meurtre étant, aux termes du code, l'homicide commis volontairement, la volonté est de l'essence du meurtre, et qu'il ne saurait y avoir de meurtre involontaire [4]. »

1051. [[La question s'est élevée de savoir si, dans une accusation de tentative de meurtre, l'omission du mot *volontairement* dans la question soumise au jury peut être suppléée par la formule portant que le crime n'a manqué son effet que par des actes indépendants de la volonté. Il a été quelquefois admis que le mot *volonté* peut être remplacé par des équivalents : ainsi, déclarer qu'un accusé a porté des coups *réitérés*, c'est évidemment constater qu'il les a portés volontairement [5]. Mais il est nécessaire que le terme employé pour équivalent emporte nécessairement cette idée ; il ne suffirait pas de constater la pluralité des coups [6]. L'affirmation des circonstances

[1] L. 3, Dig. ad leg. Corn. de sicariis.

[2] Cass. 16 mai et 19 sept. 1828, Bull. nos 144 et 269 ; 19 janvier 1828, Bull. n° 19 ; 18 juill. 1840, n° 206.

[3] Cass. 4 août 1826, Bull. n° 150 ; 10 mars 1826. J. P. 20, 258.

[4] Cass. 2 juillet 1813, Bull. n° 112.

[5] Cass. 20 fév. 1841, Bull. n° 49.

[6] Cass. 23 déc. 1841, Bull. n° 366.

constitutives de la tentative suppose à un certain degré la présence de la volonté. Ce n'est pas parce que l'une de ces circonstances est que la tentative n'a été suspendue que par des faits indépendants *de la volonté* de l'agent; car cette mention ne se réfère qu'aux faits qui, en dehors de sa volonté, ont suspendu l'action, et l'on ne saurait en faire résulter avec précision que cette action a été volontairement commencée. Mais dire que l'accusé a tenté, c'est reconnaître qu'il a essayé, qu'il a fait effort, qu'il s'est appliqué à faire, et par conséquent qu'il a volontairement agi. On peut donc faire dériver à toute force la volonté d'une tentative d'homicide caractérisée, et c'est ce que la cour de cassation a consacré par deux arrêts de rejet, rendus, le premier dans une espèce où la préméditation avait été déclarée [1], le second dans une espèce où elle avait été écartée [2]. Il eût été préférable peut-être de ne pas rejeter cette dernière espèce, dans laquelle la volonté n'avait que le seul fait de la tentative pour appui : l'interprétation qui a maintenu la déclaration des jurés peut être fondée; mais sa subtilité n'a-t-elle point échappé à leur esprit? Est-il certain qu'ils aient connu et constaté les éléments du crime? Ne laisse t-elle pas planer un doute sur le sens de leur réponse?]]

1052. La cour de cassation avait jugé, par des arrêts nombreux, que « le véritable esprit des lois est que celui qui a *volontairement* fait des blessures ou porté des coups se rend coupable des suites qu'ils peuvent avoir; de sorte que si ces blessures ou ces coups donnent la mort, ils constituent le meurtre [3]. » Cette cour avait même ajouté à la rigueur de la jurisprudence, en déclarant indifférents et non écrits ces mots dont plusieurs jurés avaient fait suivre leurs réponses : *mais sans intention de donner la mort* [4]. Cette doctrine allait au delà des termes de la loi, confondait deux choses

[1] Cass. 21 nov. 1860.

[2] Cass. 14 mars 1861, Bull. n° 55.

[3] Cass. 14 fév. 1812, Sir. 12. 1. 331; 12 juillet 1819, Sir. 19. 1. 74, 18 sept. 1828, Sir. 28. 1. 376; 6 mars 1823, Sir. 23. 1. 244.

[4] Cass 26 janv. 1827 et 16 juill. 1829.

distinctes, la volonté de porter des coups ou de faire des blessures qui pouvaient donner la mort, et la volonté de tuer. L'intention de nuire, en portant des coups, en faisant des blessures, n'emporte pas nécessairement l'intention de donner la mort. Dès lors la criminalité de l'agent ne sera pas la même dans l'un et l'autre cas, s'il est impossible de supposer que la loi ait fait abstraction d'une telle différence. La volonté exigée pour l'existence du meurtre est donc la volonté de donner la mort, puisque, s'il en était autrement, on assimilerait deux actions distinctes, qui n'ont pas la même valeur morale. C'est pour donner cette simple explication des termes de la loi, c'est surtout pour faire cesser une jurisprudence qui n'avait pas su saisir son esprit, que la loi du 28 avril 1832 a ajouté à l'article 309 un deuxième alinéa ainsi conçu : « Si les coups portés ou les blessures faites volontairement, mais sans intention de donner la mort, l'ont pourtant occasionnée, le coupable sera puni des travaux forcés à temps [1]. » Ainsi, d'après ces termes, la volonté n'est constitutive du meurtre qu'autant qu'elle renferme l'intention de donner la mort. [[C'est d'après cette règle que la cour de cassation a prononcé l'annulation d'un arrêt qui avait pour base une déclaration du jury portant, d'une part, que des coups avaient été portés sans intention de donner la mort, et, d'un autre côté, que le même fait constituait une tentative d'homicide volontaire. L'arrêt de cassation porte : « que l'homicide volontaire se compose de deux éléments distincts, l'acte et l'intention de donner la mort; que les coups portés volontairement avec l'intention de donner la mort constituent identiquement le crime d'homicide volontaire; que si, par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur des actes, l'effet intentionnel n'a pas été produit, il y a néanmoins dans les deux cas la tentative punissable, aux termes de l'article 2; que néanmoins il résulte de la déclaration du jury que les coups auraient été volontairement portés sans intention de donner la mort, et qu'ils auraient

[1] Code pénal progessif, p. 281.

constitué une tentative d'homicide qui implique nécessairement cette intention; d'où il suit qu'il y a contradiction dans les réponses du jury [1]. »]]

1053. Les anciens jurisconsultes ont longuement agité la question de savoir à quels signes extérieurs se reconnaît la volonté de tuer, *animus occidendi;* cette question, fort importante dans l'ancien droit, où l'on n'admettait point de témoins pour faire cette preuve, a beaucoup moins d'intérêt dans notre droit moderne, où les preuves sont abandonnées à l'appréciation des juges. En général, la volonté de tuer se présumait si l'auteur des blessures s'était servi d'armes meurtrières, si les blessures avaient été faites à la tête, si les coups avaient été répétés et les blessures nombreuses, si l'attaque avait été faite par plusieurs assaillants, si une longue inimitié régnait entre l'agent et la victime, si des menaces avaient été échangées entre eux, si après la perpétration du crime le coupable avait pris la fuite. Toutefois il est évident que ces circonstances n'étaient que des conjectures et des indices; et, considérées avec ce caractère, elles peuvent encore être invoquées comme des symptômes ordinaires de la volonté, mais non comme des règles d'interprétation. Ces présomptions sont justes, en général, parce qu'elles résument les cas les plus nombreux; elles seraient inexactes dès qu'elles s'élèveraient au rang des règles, car les faits protesteraient incessamment contre leur décision. C'est ainsi qu'il est possible que des coups nombreux ne dénotent que la colère, que des blessures à la tête soient le fruit du hasard, que la fuite n'atteste que l'effroi du coupable.

1054. Une question grave est de savoir si la volonté de tuer est suffisante pour constituer le meurtre, lorsque la personne homicidée n'est pas celle à qui l'agent voulait donner la mort. La cour de cassation a jugé par deux arrêts que cette circonstance ne modifiait nullement le crime; le pourvoi fut rejeté, dans la seconde espèce, par le motif : « qu'il suit des déclarations du jury que le demandeur a été déclaré coupable d'avoir tiré volontairement un coup de fusil avec

[1] Cass. 26 nov. 1857, Bull. n° 378.

l'intention de tuer; que peu importe qu'au lieu de donner la mort à celui qu'il voulait pour victime, il ait atteint la femme au lieu du mari; il n'en reste pas moins constant qu'il a donné la mort avec intention de tuer [1]. » Cette décision est conforme à l'opinion de Julius Clarus [2] et de Perezius [3]. Nous examinerons cette question, qui se représente au sujet de la préméditation, dans la quatrième section de ce chapitre.

1055. Deux circonstances, deux éléments distincts sont donc nécessaires pour constituer le meurtre : l'homicide, et la volonté de donner la mort. Le premier, c'est l'acte matériel du crime; le deuxième constitue la criminalité relative nécessaire pour son existence La peine ne peut être appliquée que lorsque ces deux conditions sont réunies dans le même fait, et sont constatées par le jugement. Il nous reste à parler de cette peine.

La peine de l'homicide volontaire était, dans les premiers temps de la république romaine, l'exil, *aquæ et ignis interdictio*. La loi *Cornelia* substitua à cette peine celle de la déportation dans une île et de la confiscation des biens [4]. Plus tard, la peine de mort fut appliquée aux condamnés qui étaient de condition vile [5]; puis elle devint la peine commune de ce crime [6]. Cependant l'homicide volontaire simple, celui qui était commis sans préméditation, fut puni, d'après l'opinion des docteurs, d'une peine moindre [7] : Farinacius restreint du moins l'application de la peine capitale au cas où celui qui a été tué a été l'agresseur et où il a eu le dessein de tuer. En France, tout homicide devait encourir la peine de mort. Si le condamné avait quelque excuse à faire valoir, il fallait qu'il se pourvût en grâce auprès du prince [8].

[1] Cass. 8 sept. 1826, Bull. n° 172; 31 janv. 1835, Journ. du dr. crim. 1835, p. 222.

[2] Julius Clarus, de homicidiis, n° 31.

[3] In lib. 9, tit. 16, Cod. n° 46, ad leg. Corn. de sicariis.

[4] L. 3, § 5, Dig. ad leg. Corn. de sicariis.

[5] et [6] Inst. de publicis judiciis.

[7] Farinacius, quæst. 126, num. 129. Julius Clarus, § Homicidium, n° 18.

[8] Jousse, t. 3, p. 481.

Les différents degrés de la criminalité de l'homicide trouvaient une peine équivalente dans les supplices plus ou moins atroces qui leur étaient infligés.

L'assemblée constituante réserva la peine de mort pour le meurtre accompagné de circonstances aggravantes ; l'article 8 du titre 2 du code de 1791 portait : « L'homicide commis sans préméditation sera qualifié meurtre, et puni de la peine de vingt années de fers. » Notre code, en conservant cette distinction, a rendu la peine perpétuelle ; l'article 304 porte : « Le coupable de meurtre sera puni des travaux forcés à perpétuité. » Cet article donna lieu dans le conseil d'État à une discussion qu'il n'est pas sans intérêt de mentionner.

Sa rédaction primitive portait : « Tout coupable d'assassinat et même de simple meurtre, si la personne homicidée est morte *au délai de trois jours*, sera puni des travaux forcés à perpétuité. » Cette dernière disposition fut critiquée dans le sein du conseil d'Etat ; on trouva le délai de trois jours trop court ; le terme de quarante jours le remplaça ; il fallait, pour écarter la peine de mort, que la personne homicidée fût morte au delà de ce délai. La commission de législation proposa de modifier cette disposition : « Par la loi de 1791, porte son rapport, le simple meurtre n'était puni que de vingt ans de fers ; s'il est puni de mort, la peine est la même que celle de l'assassinat. Néanmoins, comme il y a une différence dans le crime, il paraît qu'on doit en mettre une dans la peine. Le meurtre est souvent l'objet d'un premier mouvement, d'injures, de menaces, qui n'autorisaient pas, à la vérité, à tuer l'adversaire, mais qui ont pu allumer sa colère et le porter à donner des coups qui occasionnent la mort. Souvent aussi des coups qui ne seraient pas dangereux par eux-mêmes ordinairement, le deviendraient, soit par la partie où le hasard les fait tomber, soit par la constitution faible de celui auquel ils sont portés. D'un autre côté, le meurtre n'est jamais prémédité, et s'il l'est, il cesse d'être nommé meurtre, il est assassinat. Ainsi, si l'on veut établir une échelle proportionnelle dans la punition des crimes, le meurtre doit être puni de la peine immédiatement au-dessous de la peine de l'assassinat. La commission propose de ré-

server la peine de mort pour l'assassinat, et de n'infliger au meurtre que la peine des travaux forcés à perpétuité, qui sera infiniment plus grave que la peine portée par la loi de 1791, car du terme fixe de vingt ans à la perpétuité la distance est immense. » Cet amendement fut adopté par le conseil d'État, et la disposition relative au cas de mort au delà de quarante jours fut supprimée.

La peine perpétuelle des travaux forcés serait elle-même, dans beaucoup de cas, hors de proportion avec la gravité du crime; mais l'article 463 permet aux juges de l'abaisser lorsque des circonstances atténuantes militent en faveur de l'accusé. C'est ainsi que le code prussien ne punit que d'une détention de dix et même de six années le meurtrier, lorsqu'il ne s'est pas servi d'armes pour donner la mort (art. 847), ou qu'il s'est rendu homicide dans un tumulte (art. 170). La loi pénale de Naples ne punit, en général, l'homicide volontaire que de 25 à 30 ans de fers (art. 355); celle du Brésil permet de descendre la peine jusqu'à six ans de galères (art. 193); en Angleterre, le meurtre *(manslaugter)* n'est puni que d'une peine temporaire [1]; à la Louisiane, d'un emprisonnement d'un à cinq ans [2]; dans l'État de Géorgie, par un confinement laborieux de deux ans à quatre ans dans le pénitencier [3].

Nous terminerons ici nos observations sur le meurtre : nous avons dû nous borner dans ce paragraphe à préciser les éléments qui le constituent et les règles qui en sont les corollaires; nous allons maintenant parcourir les différentes hypothèses où ce crime a puisé une aggravation dans les circonstances qui l'accompagnent.

[1] Blakstome, t. 4, p. 139.

[2] Cod. of crimes ad punishments, art. 536.

[3] Penal code of the state of Georgia.

§ II.

Du parricide.

1056. Le meurtre prend une première cause d'aggravation dans la qualité des personnes sur lesquelles il est commis : lorsque ces personnes sont les père, mère ou ascendants de l'agent, il perd sa qualification de meurtre pour prendre celle de parricide, et à la peine perpétuelle qui le frappait est substituée la peine de mort.

Cette matière se divise en deux parties distinctes. Nous examinerons d'abord les éléments qui constituent le crime de parricide; nous suivrons ensuite la pénalité qui l'atteint et les phases diverses qu'elle a subies.

L'article 299 est ainsi conçu : « Est qualifié parricide le meurtre des pères ou mères légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime. » Ces termes indiquent clairement les éléments du parricide : c'est un simple meurtre, mais un meurtre commis sur les père, mère ou ascendants de l'agent; cette dernière circonstance l'élève seule au niveau de l'assassinat : elle décèle, en effet, dans l'agent une perversité si grave, un abandon si complet des sentiments les plus saints de la nature, qu'elle le place, lors même qu'il n'a cédé qu'à une passion accidentelle, au rang de l'homme qui a médité son crime et choisi sa victime.

1057. Le parricide n'est donc qu'un meurtre. De là deux conséquences : l'une, que le crime est le même, soit qu'il ait été commis avec ou sans préméditation, avec ou sans circonstance du guet-apens. Il est donc indifférent que la question de préméditation ou de guet-apens soit ou non posée[1], et qu'elle soit résolue soit affirmativement, soit même négativement[2]. Ces circonstances, qui dans les cas ordinaires établissent une aggravation dans le crime, sont sans

[1] Cass. 2 mars 1850, Bull. n° 78.
[2] Cass. 28 mars 1861, Bull. n° 64.

effet dans le parricide : il a paru que, dès qu'un fils avait pu lever le bras sur son père, il ne pouvait plus commettre un crime plus grand. Cette disposition n'est au reste qu'un reflet de l'ancienne législation ; il suffisait pour l'existence de ce crime qu'il eût été commis *dolo malo*; il n'était pas nécessaire que la volonté de tuer, *animus occidendi*, fût constatée [1].

La loi romaine punissait jusqu'aux actes préparatoires et jusqu'à la pensée du crime ; il suffisait qu'un fils eût acheté le poison pour le servir à son père, pour qu'il encourût les peines du parricide, alors même qu'il ne l'avait pas employé : *qui emit venenum ut patri daret quamvis non potuerit dare*. Il en était de même de celui qui avait donné de l'argent pour tuer son père, encore bien qu'aucune attaque n'eût eu lieu [2]. Notre ancien droit exigeait que l'homicide eût été commis volontairement, et telle était aussi la disposition de l'article 8 du titre 2 du code pénal de 1791.

La deuxième conséquence est que le parricide doit renfermer en lui-même les éléments du meurtre, c'est-à-dire le fait matériel de l'homicide et la volonté de donner la mort; nous insisterons sur cette dernière circonstance. Nous avons vu, en parlant du meurtre, que la loi modificative du code pénal avait introduit dans l'art. 309 une disposition nouvelle destinée à punir d'une peine moins grave que les travaux forcés à perpétuité l'homicide commis avec l'intention, non de donner la mort, mais seulement de nuire ; et de là nous avons tiré la conséquence que le crime de meurtre n'existe dans les termes de l'article 295 qu'autant que la volonté criminelle constatée est celle de donner la mort; cette même volonté doit également être constatée dans le parricide, puisque le parricide est un meurtre. Il faut donc qu'il soit constant que le fils qui a tué son père avait l'intention de le tuer, pour qu'il puisse être passible des peines de ce crime ; si cette intention n'était pas positivement déclarée, il ne pourrait encourir que les peines de l'article 312, qui prononce contre le

[1] L. 1, Dig. ad leg. Pompeiam de parricidiis.
[2] L. 7, Dig. ad leg. Pomp. de parricidiis.

coupable qui a porté des coups ou fait des blessures à ses père, mère ou ascendants, les peines de la reclusion et des travaux forcés à temps ou à perpétuité, suivant la gravité des coups ou des blessures.

1058. Le deuxième élément du parricide est la qualité des personnes sur lesquelles il est commis. La législation a plus ou moins étendu le cercle de ces personnes. Aux premiers temps de Rome, le mot de *parricide* n'avait pas le sens qui s'y attache aujourd'hui ; il comprenait toutes les espèces d'homicide : *Parricidium non à patre sed à pari cœde dicitur*. C'est ce qui semble résulter de cette loi de Numa que l'on a conservée : *Si quis liberum hominem morti sciens dedit parricida esto*. C'est ce qui résulte encore de la désignation des questeurs chargés d'instruire les causes capitales ; on les appelait *parricidii quæstores*. Cependant cette expression prit peu à peu un sens plus étroit ; la loi des XII Tables la restreignait en ces termes : *Qui parentem necaverit, capite abvolutus, culeo insutus, in aquam abjicito ;* mais la loi Pompeïa *de parricidiis* comprit sous cette expression *parentem* toute la famille du coupable jusqu'au quatrième degré[1]. Elle protégeait le lien du sang, *tuetur lex Pompeia naturam ;* mais elle s'étendait aussi aux alliés, aux époux, aux patrons. Les jurisconsultes distinguèrent alors dans le parricide deux degrés du crime, *proprium parricidium et improprium ;* le premier qui se commettait à l'égard des ascendants ou des descendants, l'autre à l'égard des époux et des autres personnes énumérées dans la loi : le premier seul était frappé de la peine spéciale du parricide[2].

1059. Notre ancien droit était muet sur cette matière : « Nous

[1] Lege Pompeiâ de parricidiis cavetur ut si quis patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patruelem, matruelem, patricum, avunculum, amitam, consobrinum, consobrinam, uxorem, virum, generum, socerum, vitricum, privignum, privignam, patronum, patronam, occiderit, pœnâ eâ tenetur quæ est legis Corneliæ de sicariis. L. 1, Dig. ad leg. Pomp. de parricidiis.

[2] Farinacius, quæst. 12. Julius Clarus, § homicidium. Menochius, casu 356.

n'avons, dit Muyart de Vouglans, aucune loi où il soit fait mention expresse de ce crime, en sorte que nous n'avons d'autres règles sur cette matière que celles établies par la jurisprudence des arrêts[1]. » Cette jurisprudence avait limité l'application des peines de parricide au meurtre des père, mère ou ascendants, c'est-à-dire au parricide proprement dit; c'est en effet dans ce sens que Jousse le définit : « Le parricide est le crime de celui qui procure la mort de ses père et mère ou autres ascendants, soit par violence ou par poison, soit de quelque autre manière que ce soit[2]. » Le code pénal de 1791 ne fait que reproduire cette jurisprudence dans l'article 10 de son titre 2, qui définit le parricide : « le meurtre commis dans la personne du père ou de la mère légitimes ou naturels, ou de tous autres ascendants légitimes du coupable. » Nous avons vu que notre code a étendu cette disposition, dans son article 299, au meurtre *des père ou mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime.*

1060.* Avant d'examiner les questions que cet article a soulevées, nous émettrons quelques observations sur l'une de ces dispositions, celle qui crée le parricide fictif, c'est-à-dire le meurtre des père ou mère adoptifs. La loi Pompeïa ne mentionnait point les père ou mère adoptifs dans son énumération; aussi les commentateurs ont généralement décidé que la peine du parricide n'est pas applicable au fils adoptif qui tue celui qui l'a adopté, *quia ratio illa vinculi naturalis et sanguinis cessat in filio adoptivo qui dicitur filius fictè et non verè et propriè*[3].

Cependant Mathæus a soutenu l'opinion contraire[4]; mais il l'a fondée uniquement sur ce que, la loi Pompeïa ayant compris au nombre des parricides le meurtre commis sur le beau-père et même les simples patrons, on doit, par analogie, y comprendre le meurtre

[1] Lois criminelles, p. 176.
[2] Tome 4, p. 1.
[3] Menochius, cas. 356, num. 26. Farinacius, quæst. 120, num. 163.
[4] De crim. ad leg. 48, Dig. tit. 6.

du père adoptif, dont la parenté se forme également par un lien civil. Ce motif, contraire au principe qui défend d'étendre la loi pénale par voie d'analogie, avait été repoussé par nos anciens jurisconsultes; l'art. 10 du code de 1791 gardait également le silence sur le meurtre du père adoptif.

La question parut faire quelques doutes, en 1810, sur l'esprit des membres du conseil d'Etat. Le grand juge ministre de la justice dit : « que quelque grand que soit le bienfait de l'adoption, il ne doit pas être égal à celui du don de la vie; que quelque coupable que soit celui qui tue son bienfaiteur, il l'est moins cependant que celui qui tue son père. La loi doit donc distinguer entre ces deux crimes; elle affaiblirait l'horreur du parricide si elle les assimilait. M. Jaubert avoue que l'assassinat d'un père naturel est plus atroce que celui d'un père adoptif; mais il observe que quiconque porte le poignard dans le sein d'un homme généreux qui a bien voulu l'adopter pour son fils est digne des peines les plus graves. Le grand juge dit qu'il ne prétend pas soustraire à la peine capitale celui qui assassine son père adoptif, mais qu'il voudrait que la mort ne fût pas accompagnée des formes que l'on a établies pour inspirer l'horreur du parricide [1]. »

La question fut ajournée, mais l'on n'aperçoit dans les procès-verbaux aucune trace de sa discussion ultérieure, et le rapporteur de la commission législative motiva en ces termes le maintien de la disposition : « En plaçant sur la même ligne le père légitime et le père adoptif, le projet de loi rend hommage à la paternité légale, consolante image de la paternité réelle; il conserve cette grande et utile leçon de morale, que les liens de la reconnaissance ne doivent pas être moins sacrés que ceux de la nature. » Il est fort douteux que ces motifs, assez faibles en eux-mêmes, soient exacts; si les liens de la reconnaissance brisés par l'homicide doivent en aggraver la peine, ce n'est pas seulement l'adoption, ce sont tous les faits d'ingratitude qui doivent motiver cette aggravation; mais ce n'est point là la véritable raison : le législateur a voulu donner à la fiction civile de l'a-

[1] Procès-verb. du cons. d'État, séance du 8 nov. 1808.

doption les priviléges et l'autorité de la parenté naturelle; il a voulu que la même sanction protégeât les nœuds de la loi et ceux de la nature. Cette assimilation était-elle possible? Sur quelle base repose la terrible responsabilité du parricide? C'est qu'il a étouffé dans son sein la voix puissante qui lui criait de respecter son père, c'est qu'il a méconnu le sentiment sacré que tous les hommes trouvent dans leur cœur, c'est qu'il a foulé aux pieds un devoir, non périssable comme la reconnaissance, mais éternel comme la nature. Or, que sont auprès de ces relations du sang celles que la loi seule a formées? L'adopté qui a porté une main criminelle sur son père adoptif est coupable sans doute, plus coupable qu'un autre meurtrier, mais ce n'est point un parricide; il a méconnu le lien de la reconnaissance, le lien civil, mais il n'a point eu à rompre le lien de la nature, il n'a point ôté la vie à celui qui la lui avait donnée, il n'a point dû faire cet immense effort que suppose le meurtre d'un père, et qui révèle une si profonde perversité.

Ainsi qu'on l'a fait remarquer [1], l'adoption est parfois rémunératoire, elle est un moyen légal de récompenser de plus grands services; tels sont les cas prévus par l'article 345 du code civil. Dans une pareille circonstance, n'est-ce pas l'adopté qui devrait être plutôt considéré comme le père fictif de l'adoptant, puisque ce dernier lui devrait la vie? Toutefois, c'est au premier que la loi impose les plus terribles peines. En matière de responsabilité morale, et quand le crime naît de la violation d'un devoir fondé par la nature, la fiction ne peut remplacer la vérité; la loi ne crée que des obligations civiles, elle ne peut leur reconnaître la sainteté qui n'appartient qu'aux obligations naturelles, elle ne peut leur donner la même sanction.

1061. Du reste, le meurtre de l'adoptant ne peut être assimilé au parricide qu'autant que l'adoption est régulière; l'accusé peut donc conserver la validité de l'adoption, et la cour d'assises est compétente pour apprécier sinon cette validité, du moins les faits de la possession d'état du fils adoptif, lesquels forment alors une circon-

[1] Destriveau, Essais sur le code pénal, p. 117.

stance aggravante du meurtre. C'est ce qui a été jugé par la cour de cassation dans une espèce où l'accusé contestait, pour échapper à la peine du parricide, soit le fait de l'adoption, soit la régularité de l'acte qui l'établissait; il fut déclaré coupable de meurtre, mais la cour ne le condamna qu'aux travaux forcés à perpétuité, par le motif que l'acte d'adoption n'était pas revêtu des formalités prescrites par la loi. Le pourvoi du ministère public, fondé sur l'incompétence de la cour pour juger une exception qui présentait une véritable question d'état, fut rejeté : « attendu que les tribunaux criminels, chargés de prononcer sur les crimes et délits, ont essentiellement caractère pour prononcer sur toutes les matières accessoires et incidentes qui s'y rattachent et qui ne sont pas exceptées par la loi de leur juridiction; qu'ils sont même compétents pour prononcer sur les questions de droit qui naissent de l'instruction et de la défense des parties, lorsque ces questions doivent modifier ou aggraver le caractère du fait de la poursuite et de la peine dont il peut être susceptible; que dès lors la cour spéciale a été compétente pour statuer sur la qualité de fils adoptif attribuée à l'accusé dans l'acte d'accusation, et qui constituait un des éléments ou une circonstance aggravante de l'homicide porté contre lui dans cet acte [1]. »

1062. L'article 299 qualifie parricide non-seulement le meurtre de père et mère légitimes, mais encore celui des ascendants légitimes. Cette extension en faveur des ascendants n'a lieu ni dans la famille naturelle, ni dans la famille adoptive; mais l'aggravation de la peine dans la famille légitime elle même ne s'étend pas jusqu'au meurtre des alliés, et la jurisprudence a toujours reconnu, ce qui d'ailleurs ne pouvait faire aucun doute, que le meurtre commis par un gendre sur son beau-père et sur sa belle-mère n'est point un parricide [2]. Mais lorsque ce gendre ou tout autre individu étranger à la famille a commis le meurtre de complicité avec les enfants de la victime, cette circonstance le rend-elle passible de la peine spéciale des

[1] Cass. 27 nov. 1812, Dalloz, Jur. gén., t. 3, p. 497.

[2] Cass. 15 déc. 1814, Sirey, 15. 1. 87; 16 juill. 1835, Bull. nº 292.



parricides ? La loi romaine décidait l'affirmative : *Utrùm qui occiderunt parentes an etiam conscii pœnâ parricidii afficiantur quæri potest, et ait Mæcianus etiam conscios eâdem pœnâ afficiendos, non solùm parricidas. Proindè conscii etiam extranei eâdem pœnâ afficiendi sunt*[1]. La cour de cassation n'a point hésité à suivre cette solution ; elle a considéré les accusés comme complices les uns des autres, et dès lors elle a conclu que l'aggravation de peine prononcée contre l'un d'eux devait peser sur tous.

Toutefois il semble résulter implicitement des arrêts qui ont établi cette rigoureuse jurisprudence[2], qu'elle ne doit s'appliquer qu'au cas où les accusés ont agi, non comme complices, mais comme auteurs principaux, c'est-à-dire conjointement et simultanément ; mais si le fils ou la fille a agi, non comme auteur, mais comme complice, en aidant seulement l'auteur principal dans les actes qui ont préparé le crime, il conserve son caractère de complice, et, d'après le système suivi par la cour de cassation en matière de complicité, il doit partager le sort de l'auteur principal, et ne subir que la peine méritée par celui-ci.

Nous avons fait remarquer, en traitant la matière de la complicité[3], que ce système, en s'attachant trop étroitement au texte de la loi, en avait méconnu l'esprit; qu'elle n'avait point entendu soumettre les complices et l'auteur d'un même fait au niveau d'une même peine, et que son seul but avait été de les assimiler les uns aux autres, sous le rapport de la criminalité, mais sans faire abstraction des circonstances qui peuvent modifier la position respective de chacun d'eux. Si ces règles étaient appliquées à l'espèce, il en résulterait que l'individu qui s'est rendu complice du meurtre d'un père par son fils ne subirait jamais l'aggravation réservée au seul parricide, parce qu'en effet, en devenant complice du meurtre, il n'est devenu qu'un

[1] L. 6, Dig. ad leg. Pompeiam de parricidiis. Farinacius, quæst. num. 139.

[2] Cass. 2 janv. 1815, Sir. 15. 1. 404; 20 avril 1827, Sir. 28. 1. 22.

[3] *Voy.* notre t. 1er, no 209, p. 457.

meurtrier, il n'a pu devenir un parricide; parce qu'il a trahi son devoir d'homme, il n'a point trahi celui de fils. Le fils, au contraire, qu'il soit auteur ou qu'il soit complice, doit rester passible, dans l'un et dans l'autre cas, d'une aggravation de la peine qui lui est personnelle; car sa qualité de fils est indélébile; s'il ne peut l'étendre à ses coaccusés, il ne peut la perdre par cela seul que d'autres ont participé à son crime; elle s'attache à lui, quelle que soit la part qu'il y ait prise, pour proclamer son action plus odieuse, et pour justifier une peine plus grave.

1063. [[Mais la jurisprudence, dans ses derniers arrêts, a persisté à effacer toute distinction entre les auteurs et les complices. Il résulte de ces arrêts : 1° que les complices du parricide, considérés comme coauteurs de ce crime, soit pour lui imprimer son caractère spécial, soit pour subir l'application de l'incrimination légale, sont passibles de toutes les peines édictées contre les auteurs [1]; 2° qu'ils objecteraient vainement qu'étant considérés, non comme complices, mais comme coauteurs, c'est-à-dire comme auteurs principaux, ils ne sont pas passibles, quand ils ne sont pas les enfants de la victime, d'une aggravation que l'article 59 ne fait peser que sur les complices; car, « lorsque le crime a été commis conjointement par deux personnes, cette coopération mutuelle, dans laquelle toutes deux se sont aidées et assistées dans les faits qui ont consommé le crime, s'assimile moralement et légalement à la complicité proprement dite, telle qu'elle est caractérisée par l'article 60 [2]. » Tel est sur ce point le dernier état de la jurisprudence.]]

1064. Il nous reste à parler du meurtre des père et mère *naturels:* ici, de même que dans la famille adoptive, l'homicide s'arrête aux père et mère. Mais de quels père et mère s'agit-il? est-ce seulement de ceux qui ont reconnu leurs enfants? La réponse doit être affirmative, car la paternité n'est certaine qu'à l'égard de ceux-là. Comment

[1] Cass. 23 mars 1843, Bull. n° 66; 16 juill. 1835, Bull. n° 292.

[2] Cass. 11 sept. 1851, Bull. n° 382 *bis*, p. 637; 24 mars et 30 sept. 1853, Bull. n°s 110 et 490.

la loi, à l'égard des autres, punirait-elle le lien du sang quand elle l'ignore? comment faire valoir la qualité de père adultère ou incestueux, pour aggraver la peine du coupable? et qui prouvera que celui-ci a connu cette qualité, qu'il n'avait aucun doute sur la filiation, qu'il savait que c'était son père qu'il tuait? La peine ne pourrait être aggravée sans que cette circonstance aggravante fût établie ; or la recherche de la paternité est interdite, et ce n'est que sur la demande de l'enfant et dans son intérêt que celle de la maternité est admise (C. civ. art. 340 et 341). Ces principes de la législation forment donc une insurmontable barrière à l'application, dans cette espèce, de la peine du parricide. Néanmoins le fait devrait sans doute, dans certains cas, faire fléchir le droit, et l'enfant qui aura été inscrit sur les registres de l'état civil sous le nom de la femme dont il aura toujours porté le nom et avec laquelle il aura demeuré avec le titre de fils, pourrait, suivant les circonstances, être considéré comme parricide. La cour de cassation a décidé, à la vérité, que l'enfant adultérin pouvait être parricide; mais nous ne pensons pas que cet arrêt puisse être considéré comme une règle absolue [1]. Ajoutons que l'enfant qui n'est point reconnu est moins coupable peut-être lorsqu'il porte la main sur son père, que lorsque celui-ci l'a publiquement avoué : car il n'a pas la possession d'état, il peut concevoir des incertitudes sur son origine. Sous l'ancienne législation, où les règles du droit civil n'étaient pas les mêmes, cette question était extrêmement controversée, et Menochius, tout en rejetant l'opinion des jurisconsultes qui déchargeaient de toute aggravation de peine les enfants incestueux ou adultérins coupables du meurtre de leur père, pensaient néanmoins qu'ils ne devaient être frappés que d'une peine mitigée [2].

1065. Tels sont les éléments du parricide : il faut que l'attentat ait les caractères du crime de meurtre, c'est-à-dire qu'il ait été commis avec la volonté de donner la mort; il faut, en second lieu, qu'il

[1] Cass. 7 janvier 1813, cité par Bourguignon, sous l'art. 299.

[2] De arbitr. jud. casu 156, num. 15.

ait été commis soit sur les père et mère légitimes, et non sur les alliés au même degré; soit sur les père et mère adoptifs, pourvu que l'adoption soit régulière; soit sur les père et mère naturels, pourvu qu'ils ne soient pas adultérins; soit enfin sur les ascendants légitimes seulement, et non sur les ascendants naturels ou adoptifs. [[Ces éléments du crime ont été relatés dans quelques arrêts qui ont eu pour objet de fixer les termes des questions posées au jury. Il résulte de ces arrêts que: « le parricide est un crime spécial, et qu'au nombre de ses éléments est le rapport de filiation qui unit l'auteur du crime à la personne homicidée [1]. » De là la conséquence que cette circonstance de la filiation, considérée, non comme aggravante du meurtre, mais comme constitutive du crime spécial de parricide, peut être renfermée dans la même question que le meurtre [2]; et toutefois il n'y a point d'irrégularité si le président a détaché cette circonstance du fait principal et en a fait l'objet d'une question distincte [3]; cette séparation est même nécessaire lorsque le fait principal est qualifié coups et blessures ayant occasionné la mort parce qu'il ne saurait plus, dans ce cas, être pris comme un fait spécial et un dans sa complexité [4]. Il résulte encore des mêmes arrêts: « que l'article 299 qualifiant parricide le meurtre des père et mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime, la circonstance aggravante de la préméditation n'est pas un élément nécessaire et constitutif de ce crime, soit à l'égard de l'auteur, soit à l'égard des complices [5]. » De là encore la conséquence que la position d'une question de préméditation est inutile, et que la solution, soit affirmative, soit même négative, de cette question, ne change rien au caractère du crime.]] Nous passons maintenant à l'examen de la pénalité.

[1] Cass. 16 juillet 1812, Bull. n° 184; 19 avril 1844, Bull. n° 143.
[2] Cass. 2 juill. 1847, Bull. n° 143; 11 sept. 1851, Bull. n° 382 *bis*.
[3] Cass. 24 mars 1853, Bull. n° 110.
[4] Cass. 7 août 1851, Bull. n° 326.
[5] Cass. 30 sept. 1853, Bull. n° 490.

1066. La Grèce et l'ancienne Rome n'avaient porté aucune peine particulière contre le parricide. Le législateur n'avait pas voulu supposer que ce crime pût être commis. Les décemvirs, soit par une prévoyance plus grande, soit que les mœurs se fussent corrompues, portèrent la première peine ; elle était terrible : le coupable était jeté dans la rivière, ayant la tête voilée et étant cousu dans un sac de cuir : *qui parentem necaverit, capite abvolutus, culeo insutus, in aquam adjicito.* Cette peine fut plus tard encore aggravée : le sac de cuir dut renfermer avec le coupable des animaux à la fureur desquels on le livrait ; on le fouettait de verges jusqu'au sang avant de le soumettre à ce dernier supplice : *Pœna parricidii more majorum hæc instituta est, ut parricida virgis sanguinelis verberetur, deindè culeo inseratur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et simia; deindè in mare profundum culeus jactetur* [1]. Toutefois cette peine n'était appliquée que lorsque le condamné avait fait l'aveu de son crime. Cicéron admire la combinaison de ce supplice : *O singularem sapientiam! nonne videatur hunc hominem et rerum natura sustulisse et eripuisse, cui repentè cœlum, solem, aquam, terramve ademerunt?* Il faut plutôt déplorer l'ignorante barbarie qui, trouvant la mort trop douce, savait en prolonger les tortures. Ce supplice se modifia peu à peu : si la mer était éloignée du lieu de la condamnation, le coupable, d'après une constitution de l'empereur Adrien, était livré aux bêtes; et cette dernière peine fut bientôt la seule qui fût appliquée [2].

En France, aucune loi ne faisait mention de ce crime et n'en fixait la peine ; les règles en cette matière étaient établies par la jurisprudence des arrêts : il paraît qu'en général, d'après ces arrêts, le fils parricide était condamné à faire amende honorable, à avoir le poing coupé, et enfin à être rompu vif; puis son corps était brûlé et ses cendres jetées au vent [3]. La fille coupable du même crime était

[1] L. 9, Dig. leg. Pompeia de parricidiis; L. un. C. de his qui parentes vel liberos occiderunt. Instit. de publicis judiciis.

[2] Paul., Sentent., tit. 24, mentionne aussi la peine du feu.

[3] Imbert, liv. 3, ch. 22. Muyart de Vouglans, p. 176. Jousse, t. 4, p. 20.

pendue ou condamnée au feu, car l'usage exemptait les femmes du supplice de la roue.

1067. Le code de 1791 ne portait que la peine de mort sans aucune aggravation. Le législateur de 1810 n'a pas cru cette peine suffisante à l'égard du parricide : « Suivant le nouveau code comme sous celui de 1791, porte l'exposé des motifs, la peine de mort ne sera que la simple privation de la vie ; une seule exception est introduite : elle atteint le parricide, qui aura le poing coupé après avoir été conduit au supplice la face couverte d'un voile noir. Puisqu'une funeste expérience force le législateur à prévoir ce crime, il a fallu en entourer la punition de tout l'effroi propre à en augmenter l'horreur. » De là l'article 13 du code pénal, ainsi conçu : « Le coupable condamné à mort pour parricide sera conduit sur le lieu de l'exécution en chemise, nu-pieds et la tête couverte d'un voile noir ; il sera exposé sur l'échafaud pendant qu'un huissier fera au peuple lecture de l'arrêt de condamnation ; il aura ensuite le poing droit coupé, et sera immédiatement exécuté à mort. » La loi du 28 avril 1832 a supprimé la mutilation du poing, mais elle a laissé subsister les autres aggravations du supplice ; nous avons déjà eu l'occasion d'exprimer notre regret que ces dernières et inutiles traces de barbarie n'aient pas été effacées [1].

Non-seulement le parricide même commis sans préméditation et sans guet-apens est passible de la peine de mort, mais cette peine ne peut être atténuée par l'admission de l'excuse de la provocation ; aux termes de l'article 323 du code pénal, le parricide n'est jamais excusable. Cette disposition, reproduite de l'ancien droit, de l'article 10 du titre 2 du code de 1791, est fondée sur ce que « le respect religieux qu'on doit à l'auteur de ses jours, ou à celui que la loi place au même rang, impose le devoir de tout souffrir plutôt que de porter sur eux une main sacrilége [2]. » Cependant cette prohibition, quelque absolue qu'elle soit, admet quelques distinctions.

[1] *Voy.* notre tome I, n° 46.

[2] Exposé des motifs, Locré, t. 30, p. 477.

En premier lieu, elle ne s'applique qu'à l'excuse qui permet d'atténuer la peine, et nullement au fait justificatif qui la fait disparaître entièrement. Si donc le fils parricide ne peut invoquer comme excuse la provocation qu'il a reçue de son père, il peut se justifier en prouvant qu'il était en état de légitime défense, que sa vie était menacée, et que c'est pour défendre ses jours qu'il a tué son père : ce n'est pas là en effet une simple excuse, c'est une cause de justification dont l'effet est d'effacer le crime en entier. Telle était aussi la règle admise dans l'ancien droit : *In filio occidenti patrem ad sui defensionem homicidium hoc impunibile est* [1].

Une deuxième exception, qui semble aujourd'hui annuler presque entièrement la prohibition, résulte du système des circonstances atténuantes formulé par l'article 463. Cet article est général et s'étend à tous les accusés sans distinction, et par conséquent aux accusés du crime de parricide. S'il pouvait s'élever un doute à cet égard, ce doute serait résolu par la discussion de la loi du 28 avril 1832, puisqu'on lit dans cette discussion qu'un député avait demandé que cet article ne fût pas étendu au parricide, et que cet amendement fut rejeté sans discussion [2]; et en effet tous les crimes, et le parricide lui-même, quelle que soit l'horreur qu'il inspire, ont leurs degrés et leurs nuances. Le fils qui n'a reçu de son père que des bienfaits et les soins d'une vive tendresse n'est-il pas plus coupable que celui qui, dès son enfance, aurait été abruti par de mauvais traitements et n'aurait reçu que la plus grossière éducation ? Et si la loi a refusé avec raison d'inscrire la provocation comme une cause légale de parricide, peut-elle néanmoins en faire une complète abstraction dans l'application du fait? Ce fait n'est-il pas modifié par cette circonstance? et l'effet réel de la provocation n'est-il pas, en définitive, d'atténuer la criminalité? La loi s'est donc montrée morale et humaine à la fois ; il répugnait à la conscience de proclamer excusable le fils parricide, par cela seul qu'il eût allégué la provocation à laquelle il avait cédé;

[1] Farinacius, quæst. 120, num. 186.

[2] *V.* Code pénal progressif, p. 94.

mais il ne pourrait dépendre de la loi de changer les éléments de la criminalité des actions. La provocation est restée une circonstance atténuante du crime, mais c'est au jury seul qu'il appartient d'en reconnaître le caractère.

§ III.

De l'infanticide.

1068. Le meurtre commis par la mère sur ses enfants était rangé par la loi romaine dans la classe des parricides : *Mater quæ filium filiamve occiderit ejus legis (Corneliæ de Sicariis) adficitur* [1]. La question de savoir si le meurtre de l'enfant nouveau-né était compris dans les termes de cette loi a été agitée par les anciens jurisconsultes, et ils l'ont résolue affirmativement. Farinacius s'exprime en ces termes : *Est casus in quo mater quæ fœtum jam natum infantem occidit; quo casu dubium non est quod pœnâ mortis punitur tanquam parricida* [2]. Antoine Pérez n'est pas moins explicite : *Eam parricidii pœna plectitur nisi probet natum mortuum* [3]. La peine était donc la peine capitale ou la déportation dans une île, suivant la qualité plus ou moins élevée de la personne.

Ce crime avait plus vivement occupé notre ancien droit français; l'édit de Henri II, du mois de février 1556, renfermait un système nouveau et complet de répression. Cet édit portait « que toute femme qui se trouvera dûment atteinte et convaincue d'avoir célé, couvert et occulté tant sa grossesse qu'enfantement, sans avoir déclaré l'un ou l'autre, ou avoir pris de l'un ou de l'autre témoignage suffisant, même de la mort ou de la vie de son enfant lors de l'issue de son ventre; et après se trouve l'enfant avoir été privé tant du saint sacrement du baptême que de sépulture publique et accoutumée; soit

[1] L. 1, Dig. ad leg. Pomp. de parricidiis.
[2] Quæst. 122, num. 156.
[3] Prælectiones in lib. 9, Cod. tit. 17, num. 8.

telle femme tenue d'avoir homicidé son enfant, et pour réparation publique, punie de mort et dernier supplice, de telle rigueur que la qualité particulière du cas le méritera, afin que ce soit accompli à tous, et que ci-après n'y soit fait aucun doute ni difficultés. » Une première remarque que suggère l'examen de cet édit, que les déclarations de Henri III (1586) et de Louis XIV (25 février 1708) avaient successivement maintenu, c'est que le crime qu'il punissait n'était établi que sur des présomptions, qui formaient à cet égard preuve complète. La mère était présumée avoir homicidé son enfant, lorsque deux circonstances s'y réunissaient : la première, qu'elle eût célé sa grossesse et son accouchement; la deuxième, que l'enfant dont elle était accouchée eût été trouvé privé du baptême et de la sépulture chrétienne; le concours de ces deux conditions suffisait pour justifier l'application de la peine [1].

1069. Cette législation a été recueillie avec quelques modifications par la loi prussienne: le seul fait d'une fille enceinte, d'avoir caché sa grossesse et son accouchement, est puni, comme délit distinct, d'une détention de quatre à six années (art. 937); si dans ce cas l'accouchement a été suivi de la mort de l'enfant, et qu'il y ait des présomptions mais non des preuves évidentes de l'infanticide, la peine est le supplice des verges et la reclusion pour la vie (art. 960); enfin, lorsqu'il est certain que la mère a de dessein prémédité, dans l'enfantement ou après, ôté la vie au nouveau-né, la peine est la décapitation (art. 963). Ces distinctions n'ont point en général été reproduites par les autres législations, qui se sont bornées à punir le seul fait d'infanticide. [[On peut citer cependant encore parmi les législations modernes: 1° le code de Bavière, qui contient les dispositions suivantes : « Article 157. La mère qui donnera volontairement la mort à son enfant illégitime, nouveau-né et viable, sera condamnée à la maison de force à temps indéterminé.—Article 158. La mère infanticide qui aura vécu comme fille publique, ou aura déjà subi une condamnation pour recel de grossesse et d'accouchement, sera punie de la peine des fers.—

[1] Jousse, t. 4, p. 16. Muyart de Vouglans, p. 180.

Article 159. Sera considéré comme nouveau-né l'enfant qui n'aura pas encore trois jours révolus. » — 2° Le code espagnol, dont l'art. 336 est ainsi conçu : « La mère qui, pour cacher son déshonneur, tuerait son enfant âgé de moins de trois jours, sera punie de la peine de la prison mineure. Les ascendants de la mère qui, pour cacher le déshonneur de celle-ci, commettraient ce délit, seront punis de la peine de la prison majeure. Hors de ces cas, celui qui tuerait un nouveau-né encourra les peines de l'homicide. » — 3° Le code de Piémont, qui, après avoir déclaré, article 531, que « tout coupable d'infanticide sera puni de mort, » ajoute, article 532 : « Lorsque l'infanticide aura été commis sur un enfant illégitime, la peine pourra être diminuée d'un à trois degrés à l'égard de la mère. » — 4° Enfin le projet de code belge, dont les articles 458 et 459 sont ainsi conçus : « Est qualifié infanticide, le meurtre commis sur un enfant au moment de sa naissance ou immédiatement après. Ce crime sera puni, suivant les circonstances, comme meurtre ou comme assassinat. Si l'infanticide a été commis par la mère sur son enfant illégitime, il sera puni des travaux forcés de dix à quinze ans. Si le crime a été prémédité avant l'accouchement, il sera puni des travaux forcés de quinze à vingt ans. »]]

1070. Le code pénal de 1791 ne contenait pas de dispositions spéciales sur ce sujet : l'infanticide était soumis aux règles du droit commun, et puni comme assassinat ou comme meurtre, suivant qu'il avait été commis avec ou sans préméditation. Notre code pénal l'a placé dans une catégorie exceptionnelle, en l'assimilant comme le parricide, abstraction faite de toute préméditation, à l'assassinat.

Les articles 300 et 302 du code pénal ont établi, l'un les éléments constitutifs de l'infanticide, l'autre la peine qui doit lui être infligée ; nous nous arrêterons successivement sur ces deux points.

L'article 300 contient cette définition : « Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né. » Il résulte de ces termes que le crime n'existe que par le concours de trois conditions : *la volonté de tuer*, car le meurtre est l'homicide volontaire, c'est-à-dire l'homicide consommé avec l'intention de tuer ; *que l'enfant ait vécu*, car il n'y

a point d'homicide si l'être auquel il a voulu ôter la vie était déjà mort; enfin, *que l'enfant soit nouveau-né*, car s'il a perdu cette qualité, le crime n'est plus un infanticide, mais un simple meurtre. Ces trois éléments exigent quelques explications.

1071. Il est évident, en premier lieu, que puisque l'infanticide est un meurtre, la condition essentielle de son existence est qu'il ait été commis avec l'intention de donner la mort. Ainsi il ne suffirait pas d'une intention malveillante qui se trahirait soit par un défaut de soins, soit par de mauvais traitements; car, quelque horreur qu'inspirât cette conduite d'une mère, elle n'impliquerait pas nécessairement la pensée du crime; mais, d'un autre côté, la loi n'a point exigé le concours d'une préméditation quelconque, elle la suppose, elle ne demande point qu'elle soit constatée; la première condition du crime, mais sa condition essentielle, est donc la volonté constitutive du meurtre, la volonté de donner la mort.

Cette volonté est souvent difficile à apprécier dans cette sorte d'homicide. Dans le meurtre ordinaire, en effet, il suffit en quelque sorte de placer le meurtrier en face de la victime : c'est à lui d'expliquer son action. Dans l'infanticide, la dissimulation de la grossesse, les traces d'un accouchement clandestin, la découverte même du cadavre de l'enfant, ne sont encore que de vagues indices du crime; car, si la grossesse, si la naissance même ont été célées, la crainte de dévoiler sa honte suffit pour expliquer ce mystère dans une mère coupable; et si l'enfant est trouvé sans vie, il est possible que sa mort ait précédé l'accouchement, il est possible encore qu'elle ait été le résultat accidentel d'un accouchement isolé.

Enfin, dans le cas même où elle devrait être imputée à la mère, elle pourrait être le fruit soit de son ignorance, soit de sa faiblesse, et non de sa volonté; ainsi la mort de l'enfamt peut être naturelle, elle peut être le résultat d'un accident, elle peut être causée par la faute de sa mère, elle peut être enfin le fruit d'un crime. Voilà les hypothèses que la découverte du corps d'un enfant nouveau-né peut faire naître, et que l'action publique doit parcourir avant que de se mouvoir; la mère peut être poursuivie soit pour homicide par impru-

dence si la mort est le résultat d'une faute grave de sa part, soit pour infanticide lorsqu'elle a eu l'intention d'accomplir le crime.

Les médecins légistes admettent en général deux espèces d'infanticide, par commission et par omission : la première, quand la mort est le résultat de violences; la deuxième, quand elle est l'effet de l'erreur, de la négligence, du défaut de soins, ou de l'imprudence de la mère. Il importe de remarquer que ce ne sont pas là deux espèces du même crime, mais deux délits distincts : c'est la volonté qui fait la base de l'infanticide; dès que cette volonté n'est pas constatée, le fait change de caractère, il rentre dans la classe des homicides accidentels que punit l'article 319. Cependant il n'est pas essentiellement nécessaire que la mort ait été causée par des violences pour motiver l'accusation d'infanticide; le seul défaut de soin pourrait y donner lieu ; si ce défaut a été tel qu'il a pu causer la mort, et si la mère s'est abstenue de ces soins avec l'intention de la donner, ce serait alors un infanticide par omission. Mais cette distinction n'a, du reste, aucun intérêt en droit; c'est aux juges du fait qu'il appartient d'apprécier les circonstances, et, quelles qu'elles soient, d'en dégager l'intention du crime, s'ils l'y apercevaient.

1072. Le deuxième élément de l'infanticide est que l'enfant soit né vivant [1], mais il n'est pas nécessaire, comme l'ont pensé plusieurs auteurs [2], qu'il soit né viable. Cette opinion, dernier débris de cette loi antique qui permettait l'homicide des enfants débiles, se fonde sur ce que l'enfant qui n'est pas né viable n'est pas censé exister aux yeux de la loi. On cite à l'appui de ce système l'article 725 du code civil, qui déclare un tel être incapable de succéder, et l'on conclut que l'homicide d'un être dont la vie chancelante n'est pas reconnue par la loi ne saurait constituer un crime. Nous ne saurions partager cette opinion. La loi pénale ne s'est point expliquée sur le degré de vitalité que l'enfant doit posséder pour que sa mort puisse être un crime ; elle n'a précisé ni le terme de sa gestation, ni le développe-

[1] Cass. 1 pluv. an VII ; 22 janv. et 30 juin 1808.

[2] M. Carnot, sur l'art. 300.

ment qu'il doit avoir ; il suffit qu'il ait existé, quelque frêle qu'ait été cette existence ; il n'est pas même nécessaire qu'il ait vécu de la vie extra-utérine, c'est-à-dire que la respiration se soit effectuée ; un mouvement, un vagissement, attesteraient seuls cette vie, elle semblerait comme une lueur vacillante prête à s'éteindre, que la loi verrait un crime. De quel droit disposerait-on de la vie d'un être humain ? pourquoi serait-il permis d'en précipiter le cours ? On objecte qu'il est voué à une mort certaine : cela est vrai, et c'est même parce que cette vie sitôt dévorée reste indécise et confuse, que la loi civile a hésité d'y faire reposer un droit ; mais cet être, qui se débat vainement contre la mort, existe cependant ; il ne faut pas confondre les principes de la loi qui protége les intérêts privés et celle qui protége l'humanité elle-même : la première peut refuser d'accorder ce droit d'héritage à l'enfant qui doit succomber aussitôt ; l'autre ne fait point de distinction, elle ne voit qu'un être qui existe et dont elle doit protéger la vie chétive pendant les heures qui lui sont données : et pourquoi sa protection ne lui serait-elle pas accordée aussi bien qu'au malade à l'agonie, au vieillard parvenu au terme de son existence, au condamné à mort jusqu'à l'exécution régulière de sa condamnation ? Distinguer, pour punir l'infanticide, entre l'enfant qui est né viable et celui dont la vitalité serait douteuse, ne serait-ce pas vouer à la mort une foule d'êtres faibles ? ne serait-ce pas surtout couvrir d'une excuse perpétuelle tous les crimes commis sur les enfants ?

1075. La troisième condition du crime d'infanticide est que l'enfant soit *nouveau-né* [1].

La loi s'est servie de ce terme sans le définir, et son silence a donné lieu à quelques difficultés. Des tribunaux ont pensé que l'enfant conservait cette qualité 14 jours après celui de sa naissance [2] ; quelques médecins légistes ont également enseigné qu'un enfant doit être considéré comme nouveau-né jusqu'à la chute du cordon ombilical, c'est-à-dire pendant les huit jours de sa naissance [3]. Dans les

[1] Cass. 13 mars 1845, Bult. no 94.

[2] Arr. cour d'assises de Liége, 18 mai 1822, J. P. 17. 436.

[3] Annales d'hygiène et de médecine légale, t. 16, 2e part.

discussions relatives à la loi du 28 avril 1832, un membre de la chambre des députés avait proposé d'ajouter à l'article 300 ces mots qui en complétaient le sens : *dans les trois jours qui suivront sa naissance.* Cet amendement parut trop restreindre le sens de la loi et ne fut point accueilli ; il exprimait toutefois avec précision son sens véritable, et c'est aussi ce terme que la cour de cassation paraît avoir adopté dans l'interprétation de cet article. Un arrêt de la cour de cassation belge avait déjà décidé « qu'un enfant né dans un établissement public et inscrit sur les registres de l'état civil ne peut, après quatorze jours de vie, être considéré, dans le sens de l'art. 300 comme un enfant *nouveau-né*, de l'existence duquel on aurait voulu anéantir les traces [1]. » Notre cour de cassation a déclaré, dans un arrêt plus explicite encore : « que la loi, en qualifiant d'infanticide et en punissant d'une peine plus forte le meurtre d'un enfant *nouveau-né*, n'a eu en vue que l'homicide volontaire commis sur un enfant nouveau-né, qui vient de naître, ou dans un temps très-rapproché de celui de sa naissance ; que ses dispositions ne peuvent être étendues au meurtre d'un enfant qui a déjà atteint l'âge de trente-un jours, et dont par conséquent la naissance, si elle n'a été légalement constatée, n'a pu, au moins le plus souvent, rester entièrement inconnue ; que cette extension répugne et à la lettre de l'article 300 du code pénal, et à l'esprit de la législation sur l'infanticide, qui n'a voulu protéger, par un châtiment plus sévère, la vie de l'enfant, que lorsqu'il n'est pas encore entouré des garanties communes, et que le crime peut effacer jusqu'aux traces de sa naissance [2]. »

La limite entre l'infanticide et le meurtre est clairement tracée par cet arrêt. Il y a infanticide tant que la vie de l'enfant n'est pas entourée des garanties communes, et que le crime peut effacer jusqu'aux traces de sa naissance. Il n'y a plus infanticide, il y a meurtre, dès que la naissance est légalement constatée, ou du moins que les délais requis par la loi pour cette constatation sont expirés. La naissance

[1] Cass. 20 juin 1822, J. P. 17. 436.

[2] Cass. 24 déc. 1835, Bull. n° 468.

est alors censée connue ; la protection de la loi qui environne tous les membres de la cité veille sur l'enfant. Or le délai de la déclaration de l'accouchement est de trois jours ; la vie de l'enfant demande pendant ces trois jours une garantie extraordinaire, puisqu'elle peut rester ignorée ; les garanties ordinaires lui suffisent ensuite ; la société peut le protéger. [[Cette doctrine a été nettement formulée dans un arrêt qui déclare : « que la loi, en qualifiant infanticide et en punissant le meurtre d'un nouveau-né d'une peine plus forte que le meurtre de toute autre personne, n'a eu en vue que l'homicide volontaire commis sur un enfant qui vient de naître, ou dans le temps qui suit immédiatement le moment de sa naissance ; que cette protection spéciale de la loi n'a pour motif, à l'égard de l'enfant, ni le degré de parenté de l'auteur du meurtre, puisque toute personne autre que le père ou la mère peut être déclarée coupable d'infanticide, ni la considération de la faiblesse de l'âge, puisque longtemps encore après sa naissance l'enfant est dans l'impuissance de se défendre ; que l'aggravation de peine dont la loi a frappé ce crime a été déterminée uniquement par la situation particulière de l'enfant, qui, au moment où il entre dans la vie, ne participe point encore aux garanties communes, et par la facilité qu'a le coupable d'effacer jusqu'aux traces de sa naissance ; que ce serait donc étendre au delà de ses termes comme de son esprit les dispositions de l'article 300, que de l'appliquer aux enfants dont la naissance est devenue notoire, lorsque l'accouchement n'a pas été clandestin et a eu lieu, comme dans l'espèce, au domicile de personnes connues, qui leur ont donné leurs soins et ont contribué à leur nourriture pendant un espace de huit jours[1]. »]]

1074. Cette solution trouve une sorte de sanction dans le rapprochement de plusieurs législations étrangères ; l'article 347 des lois pénales de Naples est ainsi conçu : « L'homicide volontaire est qualifié infanticide quand il est commis sur la personne d'un enfant nouveau-né, *et non encore baptisé ou inscrit sur les registres de l'état*

[1] Cass. 14 avr. 1837, Bull. n° 114.

civil. » Et en effet ce baptême ou cette inscription, en révélant son existence, lui assure les garanties qui sont communes à tous les membres de la cité. L'article 137 du code bavarois de 1813 ne fait également un crime spécial de la mort donnée à l'enfant *que pendant les trois jours qui suivent sa naissance.* Quelques législations ont même été plus loin ; elles n'ont considéré comme infanticide que le meurtre commis *au moment même de la naissance :* telle est la loi pénale autrichienne (art. 122); ou *au moment de la naissance ou immédiatement après :* telle est la loi belge. Peut-être cette limite est plus conforme au caractère spécial du crime qui se puise dans cette violente affection qui s'empare de l'âme au moment même de l'accouchement ; mais il serait trop dangereux de restreindre dans un délai aussi étroit la garantie accordée à l'enfant.

Néanmoins on doit vivement regretter que le code pénal n'ait pas recueilli la distinction que la jurisprudence a consacrée. Car il ne s'agit point ici d'une question de droit, mais d'un point de fait. Ce n'est point aux juges qu'il appartient d'apprécier en définitive si un enfant est *nouveau-né,* mais aux jurés ; de sorte que l'essence du crime est abandonnée à de capricieuses interprétations ; là, l'infanticide, après les trois jours de la naissance, sera puni comme l'assassinat, ici comme le meurtre. La loi eût évité ces déplorables contradictions, si elle eût, en complétant sa définition, fixé cet élément du crime. [[Ainsi, dans le système de la loi, la déclaration du jury qui affirme que « l'accusée est coupable d'avoir volontairement donné la mort à son enfant nouveau-né, » contient tous les éléments du crime prévu par l'article 300; et cette déclaration étant irréfragable, il n'est pas permis à la cour de cassation d'examiner, en entrant dans les faits du procès, si l'enfant homicidé n'avait pas perdu sa qualité d'enfant nouveau-né par son inscription au registre de l'état civil ou par le délai écoulé depuis sa naissance[1].]]

1075. De cette définition de l'infanticide, *le meurtre d'un enfant nouveau-né,* on pourrait conclure que le meurtre d'un *enfant nais-*

[1] Cass. 13 mars 1856, Bull. n° 106.

sant, c'est-à-dire commis pendant l'accouchement même, *in ipso partu*, n'aurait pas été prévu par la loi. Cette induction ne serait pas exacte. Il serait, en effet, impossible d'admettre qu'entre l'avortement et l'infanticide la loi eût laissé hors de toute atteinte une action qui tiendrait toutefois de ces deux crimes; et il est évident d'ailleurs que le meurtre serait un véritable infanticide. Car l'enfant, au moment même où il naît, doit être considéré comme déjà né; à la vérité, il n'a pas encore respiré, il n'a pas vécu de la vie *extra uterum*, mais il est sorti du sein maternel, il a cessé d'être à l'état de fœtus, il a vu le jour. Il serait absurde de soutenir qu'il n'était pas né, parce qu'il avait cessé de vivre avant que la naissance fût complète; sa mort même est la preuve de son existence; il a fallu qu'il fût né pour que la vie ait pu lui être ravie.

[[Cette solution a été critiquée par le rapporteur du code pénal belge, M. Haus, parce qu'on ne peut considérer l'enfant, au moment où il naît, comme déjà né, et qu'ainsi c'est appliquer la loi pénale par analogie[1]. Il nous semble que c'est là une distinction un peu subtile. L'enfant est né aussitôt qu'il est sorti du sein maternel; s'il y a un moment qui sépare la vie intra-utérine de la vie extra-utérine, où l'enfant est en dehors de l'utérus, quoique l'air n'ait pas encore pénétré ses poumons, comment soutenir qu'il n'est pas encore né, parce qu'il n'est pas encore doué de la vie extérieure? N'est-ce pas confondre le moment de la naissance et le moment de la vie extra-utérine qui la suit? Si le crime ne peut plus être qualifié d'avortement, ne prend-il pas nécessairement le caractère d'un infanticide? A la vérité, l'action publique, dans ce cas, doit redoubler de précaution et de mesure; car, ainsi que nous l'apprennent les médecins légistes, « la mort pendant la naissance peut être l'effet d'une foule de causes innocentes[2]. » Mais ce n'est pas là un motif de négliger un fait aussi

[1] Rapport de la commission chargée de la révision du code pénal, p. 241.

[2] Orfila, Médecine légale, t. 2, p. 155; Devergie, Médecine légale, t. 4, p. 534.

grave, et les législations allemandes en ont jugé ainsi quand elles ont assimilé ce fait à l'infanticide.]]

1076. Il résulte des diverses observations qui précèdent que, dans l'esprit du code pénal, l'infanticide est l'homicide volontaire commis sur un enfant né vivant, dans les trois jours de sa naissance. Il suit de cette définition que, lorsque la volonté de donner la mort n'est pas constante, le crime d'infanticide disparaît, mais la mère peut encore être poursuivie pour homicide volontaire causé par négligence ou par imprudence [1]. Par une autre conséquence, lorsqu'elle soutient que l'enfant est né mort, il est nécessaire que la question de savoir s'il est né vivant soit posée au jury; car, si la mort a précédé la naissance, ou qu'elle ait été le résultat accidentel de l'accouchement, la volonté même de la consommer ne suffit plus pour constituer le crime; il lui manquerait son élément matériel [2]. Enfin, lorsque les trois jours qui ont suivi la naissance sont expirés, ou lorsque l'enfant, avant l'expiration de ces trois jours, a été inscrit sur le registre de l'état civil, l'auteur de la mort ne commet plus un infanticide, mais un meurtre simple, s'il a agi sans préméditation, et la peine reste soumise aux règles communes [3].

[[Il suit encore de la même définition, lorsqu'on l'applique à la rédaction des questions posées au jury : 1° que la qualité de nouveau-né n'étant pas une circonstance aggravante, mais une circonstance constitutive du crime, peut être comprise dans la question principale [4], mais peut aussi en être séparée, puisque le fait principal a le caractère d'un crime, si cette qualité donne lieu à quelque contestation; 2° que l'accusée ne peut être admise à proposer comme excuse qu'elle aurait été victime d'un viol au moment de la conception, car

[1] Cass. 29 mai 1806, Bull. n° 82.

[2] Cass. 1 pluv. an VII et 7 thermid. an VIII, Bull. n°s 226 et 520; 26 janv. 1855, Bull. n° 22.

[3] Cass. 13 oct. et 17 nov. 1814, Bull. n°s 38 et 39; et arrêts cités *suprà*.

[4] Cass. 21 août 1840, Bull. n° 237.

la loi protége l'enfant, quelle que soit l'origine de sa naissance[1]; 3° que l'infanticide commis sur deux enfants jumeaux exige deux questions, parce qu'il en résulte deux crimes distincts[2]; 4° qu'il n'y a lieu de poser, comme résultant des débats, ni le fait de suppression d'enfant[3], ni le fait d'avortement[4], puisque ce sont là des faits distincts et nullement modificatifs de l'infanticide; 5° mais qu'il y a lieu soit de poser comme résultant des débats, soit de poursuivre ultérieurement après l'acquittement, le fait d'homicide par imprudence[5].]]

1077. Une question s'élève encore, c'est de savoir si l'infanticide n'est imputable qu'à la mère seulement, ou si toute personne qui a tué un enfant nouveau-né se rend coupable de ce crime. Tous les anciens auteurs supposent qu'il ne peut être commis que par la mère : l'ordonnance de 1556 ne se préoccupe également que de la peine qui doit être infligée à celle-ci. Mais le code pénal n'a point reproduit cette distinction; sa disposition est générale; doit-elle être restreinte à la mère seule? M. Carnot paraît incliner vers l'affirmative; il pense que les motifs et les caractères particuliers de ce crime ne se retrouvent plus lorsqu'il est commis par une autre main que par celle de la mère, et que c'est la qualité de la personne qui aggrave l'atrocité du meurtre. La cour de cassation a rejeté cette opinion, en déclarant que, « la loi ayant défini l'infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né, sans exiger le concours d'aucune circonstance, il suffit que le meurtre ait été commis sur un enfant nouveau-né, pour qu'il y ait lieu à l'application de la peine portée contre l'infanticide, sans qu'il soit nécessaire que l'auteur du crime ait été le père ou la mère de l'enfant[6]. » Nous partageons entièrement cet avis.

[1] Cass. 30 août 1855, Bull. n° 307.
[2] Cass. 18 juill. 1856, Bull. n° 255.
[3] Cass. 19 avr. 1839, Bull. n° 131; 17 juin 1853, Bull. n° 214.
[4] Cass. 30 janv. 1851, Bull. n° 37.
[5] Cass. ch. réun. 25 nov. 1841, Bull. n° 332; 18 avr. 1857, Bull. n° 161.
[6] Cass. 8 fév. 1816, Sir. 16. 1. 143; 14 avr. 1837, Bull. n° 114.

Ce n'est pas seulement à raison de la qualité du père ou de la mère que le meurtre d'un nouveau-né est puni d'une peine plus forte par le code pénal ; c'est, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, parce que cette espèce de meurtre suppose par lui-même la préméditation; c'est surtout parce que l'enfant se trouve exposé sans défense, et sans que la société puisse encore veiller sur lui, aux atteintes du crime. Or ces motifs s'appliquent à tout étranger, aussi bien qu'au père et à la mère de l'enfant. L'article 300, du reste, n'a permis nulle distinction ; et l'article 5 de la loi du 25 juin 1824, en déclarant que la peine de mort pourrait être réduite, *à l'égard de la mère*, à la peine des travaux forcés à perpétuité, et que cette réduction n'aurait lieu *à l'égard d'aucun individu autre que la mère*, indiquait clairement que, dans l'opinion du législateur, si la mère seule était excusable, l'incrimination n'était pas limitée à elle seule.

1078. La peine applicable à l'infanticide est celle de mort (article 302 C. P.). L'adoption de cette peine donna lieu, lors de la rédaction du code pénal, à quelques dissentiments dans le sein du conseil d'Etat. Le projet du code portait : « Toute personne coupable ou complice d'infanticide sera punie de la déportation. » Lorsque cet article fut soumis au conseil d'État, plusieurs membres de ce conseil réclamèrent la peine de mort, en se fondant sur ce que le crime d'infanticide devenait de jour en jour plus fréquent. M. Treilhard répondit que cette peine ne serait pas aussi certainement appliquée qu'une peine moins grave, et qu'il répugnerait aux jurés d'envoyer à l'échafaud une mère que la crainte du déshonneur aurait égarée. M. Cambacérès objecta que le meurtre d'un enfant nouveau-né, d'un être sans défense, est un crime plus horrible que l'homicide; qu'il ne doit donc pas être puni moins sévèrement ; que la pudeur ne doit pas servir d'excuse pour cette atrocité ; que d'ailleurs la crainte du déshonneur n'est pas toujours le motif qui le fait commettre, et que l'intérêt pouvait aussi y pousser. M. Berlier défendit le projet. « Il y a, dit-il, de fortes considérations pour ne pas infliger la peine suprême à une fille devenue mère, et qui le plus souvent ne s'est portée à l'action atroce de détruire son enfant que

pour cacher son déshonneur. Cette position n'est nullement comparable à celle d'un assassin ou d'un meurtrier ordinaire, qui tue sans autre vue que de commettre un crime. Sans doute les malheureuses mères qui sont l'objet de cette discussion, placées entre un crime qui effraye la nature et les préjugés sociaux, ont plus d'une fois arrosé leurs victimes de leurs larmes, et consommé en frémissant d'horreur leur criminelle action dictée par une déplorable faiblesse. La loi ne saurait pourtant admettre une telle excuse pour absoudre totalement les coupables : il faut pour un tel crime une peine assez réprimante pour qu'il ne se reproduise point par l'exemple de l'impunité. Mais si la loi est trop dure, ne doit-on pas craindre que les ministres ne soient trop indulgents? C'est ce motif qui me porte à préférer la peine de la déportation. » Le conseil d'État décida, malgré ces motifs, que l'infanticide serait puni de mort.

Il est remarquable que pendant que cette aggravation de la peine ne se fondait, aux yeux du conseil d'État, que dans l'atrocité du crime et la nécessité de protéger l'enfant, l'exposé des motifs fait par M. Faure lui assigne une autre raison : la présomption d'une préméditation criminelle. « Le meurtre d'un enfant nouveau-né, dit cet exposé, sera puni de la même peine que l'assassinat. On se rappelle que la qualification d'assassinat est donnée à tout meurtre commis avec préméditation. Or il est impossible que l'infanticide ne soit pas prémédité; il est impossible qu'il soit l'effet subit de la colère ou de la haine, puisqu'un enfant, loin d'exciter de tels sentiments, ne peut inspirer que celui de la pitié. Il est hors d'état de se défendre, hors d'état de demander du secours, et par cela seul il est plus spécialement sous la protection de la loi. »

Cette sévérité produisit les fruits que M. Treilhard et M. Berlier avaient prévus; les jurés hésitèrent à envoyer à l'échafaud ces mères malheureuses autant que coupables qui n'avaient tué leur enfant que pour céler leur honte : l'élévation de la peine conduisit à l'impunité. C'est à cet état de choses que l'art. 5 de la loi du 25 juin 1824 voulut porter remède, en déclarant que la peine portée contre la mère coupable d'infanticide pourrait être réduite à celle des travaux forcés à

perpétuité. On a déjà vu que les codes étrangers l'ont abaissée jusqu'aux travaux de force à temps.

La loi du 28 avril 1832 n'a fait que maintenir cette faculté, mais en la transportant dans les mains du jury. Un amendement avait été proposé pour remplacer la peine de mort par celle de la détention perpétuelle. M. le garde des sceaux combattit cette proposition en ces termes : « De tous les crimes possibles, le meurtre des enfants par leurs parents et des parents par leurs enfants est sans contredit le plus horrible. Cependant on a considéré que, dans certains cas, la femme, après l'enfantement, poussée par la honte et le désespoir, pouvait se rendre coupable d'infanticide, et on a pensé que sa situation devait être prise en considération. C'est pour cela que la loi du 25 juin 1824 a laissé au magistrat la faculté de ne prononcer que la peine des travaux forcés à perpétuité. Que fait maintenant le projet? au lieu de laisser cette faculté au magistrat, il la place entre les mains du jury. Ainsi pour le crime d'infanticide la peine de mort existe; cependant, s'il y a des circonstances atténuantes, le jury pourra, en déclarant ces circonstances, désarmer le magistrat, et la peine immédiatement inférieure sera appliquée. Il y a plus, le magistrat pourra descendre encore d'un degré. Telles sont les atténuations qui se trouvent dans le projet de loi. Nous devons y persister. » C'est ce système que le code pénal a conservé.

§ IV.

De l'assassinat.

1080. Dans notre ancien droit, le mot *assassinat* n'avait point la signification que nous lui donnons aujourd'hui; cette expression recueillie dans l'Orient au temps des croisades[1], introduite vers le

[1] On appelait *assassins* du mot arabe *asis*, *insidiator*, quelques sectaires qu'un prince de l'Asie-Mineure armait et dirigeait contre ses ennemis.

XII[e] siècle dans la langue du droit, s'appliquait uniquement à l'homicide commis par mandat et à prix d'argent : *assassinus dicitur is qui suscepta ab aliquo pecunia, mediante mandato, alterum occidit* [1]. C'est aussi dans ce sens que les anciennes ordonnances appellent spécialement assassins, *ceux qui à prix d'argent se louent ou s'engagent pour tuer, outrager, occider ceux qui les auront loués ou induits pour le faire* [2].

Peu à peu la pratique élargit cette expression : l'homicide prémédité, classé jusque-là dans la catégorie des homicides volontaires, lorsqu'il était dégagé de la circonstance du mandat, fut lui-même qualifié d'assassinat, et l'article 11 du titre 2 du code de 1791 ne fit qu'expliquer le sens ordinaire de ce terme en le définissant en général : *l'homicide commis avec préméditation*, sans distinguer s'il était accompagné ou non des circonstances de guet-apens et de commission avec salaire. Notre code a recueilli cette définition, en la modifiant seulement en ce qui concerne le guet-apens. L'article 296 porte : « Tout meurtre commis avec préméditation ou de guet-apens est qualifié *assassinat*. »

Il résulte de ces termes mêmes que deux éléments sont nécessaires pour constituer l'assassinat : le *meurtre*, qui en est la base et l'élément essentiel ; la *préméditation*, qui en est la circonstance caractéristique. Or le meurtre, ainsi que nous l'avons vu dans le premier paragraphe de ce chapitre, est l'homicide commis avec la volonté de tuer. Il nous reste donc, pour caractériser l'assassinat et combiner ce pre-

Voy. Pasquier, l. 8, c. 22, et Ménage en ses Origines, v° *assassins*. Damhouderius (Praxis criminalis) indique en ces termes l'embarras qu'il éprouve à exprimer sa pensée, p. 236, c. 83, n° 13 : « Cæterum hic te rogatum velim, candide lector, ne doctas tuas offendant aures hæc vocabula quibus usi sumus, assassinium, assassinatus, assassinator et assassinus, quum enim proprio destitueremur vocabulo rem ipsam explicare oportebat vocabulo (*licet incondito*) reperto commodissimo. »

[1] Farinacius, quæst. 123, num. 41 ; Julius Clarus, § assassinium ; Menochius, casu 360, num. 41.

[2] Ord. de Blois, tit. 144 et 195.

mier crime avec la circonstance de la préméditation, à définir cette circonstance à la fois aggravante du meurtre et constitutive de l'assassinat [1].

1081. Et d'abord il faut remarquer que nous confondons dans la préméditation, comme l'avait fait le code de 1791, la circonstance du guet-apens. Le guet-apens suppose en effet la préméditation ; il n'en est qu'une espèce caractérisée par un fait antérieur : *animus præmeditatus occidendi præsumitur in eo qui posuit se insidiis ut hominem occideret* [2]. Cela résulte d'ailleurs de la définition même : « Le guet-apens, porte l'article 298, consiste à attendre plus ou moins de temps, dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violence. » Or, n'est-ce pas un acte de préméditation que de se placer en embuscade ponr attendre sa victime? Serait-il possible que l'agent se rendît dans un lieu pour épier l'individu sur lequel il veut exercer des violences, sans avoir formé le dessein, avant l'action, d'attenter à sa personne? La cour de cassation a donc jugé avec raison : « que le guet-apens ne peut exister sans préméditation, et qu'il la suppose essentiellement ; que par conséquent la déclaration du jury portant qu'il y a eu guet-apens, mais qu'il n'y a pas eu préméditation, contient une contradiction qui en détruit les parties substantielles, et lui ôte tout sens et tout résultat [3]. » Or, si le guet-apens n'est qu'une espèce de préméditation, la loi pouvait se dispenser d'en faire une circonstance distincte; il suffisait d'énoncer cette dernière circonstance, dans laquelle il se confond nécessairement. Il résulte même de leur caractère d'identité que si le fait extérieur qui constitue le guet-apens, l'attente dans un lieu d'embuscade, n'était pas suffisamment constaté, la question de préméditation pourrait être posée à sa place au jury [4]. [[Mais il ne faut pas induire de là que ces deux circonstances

[1] Cass. 19 juill. 1821, Bull. n° 116; 3 mars 1826, Bull. n° 38.

[2] Farinacius, quæst. 126, num. 171; Menochius, casu 361, num. 37.

[3] Cass. 4 juin 1812, Sirey, 13. 1. 50.

[4] Carnot, Comm. du cod. pén., t. 2, p. 22.

puissent être soumises au jury dans une seule question ; car, « si le guet-apens suppose nécessairement la préméditation, il n'en est pas de même de la préméditation, qui peut exister sans guet-apens[1]. »]]

Le signe caractéristique de l'assassinat, le fait qui le distingue et le sépare du meurtre, c'est uniquement la préméditation. Cette circonstance consiste, suivant l'article 297, « dans le dessein formé, avant l'action, d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition. »

1082. La préméditation diffère essentiellement de la volonté criminelle. La volonté conçoit le désir du crime et l'accomplit aussitôt. C'est une occasion subite qui l'éveille ; elle ne réfléchit pas, elle obéit à la passion qui l'agite ; elle se précipite dans le mal avec la connaissance du mal, mais en subissant l'influence d'un sentiment instantané. La préméditation suppose que l'agent agit de sang-froid, car il délibère avant que d'agir, il mûrit son projet, il le prépare ; sa pensée n'est point obscurcie par un élan passionné ; la réflexion est venue refroidir cet élan ; un temps plus ou moins long s'est écoulé entre le projet et l'exécution, il a pu calculer la portée et la suite de son action ; non-seulement il a voulu le crime, mais il a calculé les moyens de le commettre ; non-seulement il s'est vengé, mais il a médité sa vengeance et l'a froidement accomplie. Les anciens auteurs séparaient avec netteté ces deux éléments distincts : *Homicidium simplex illud est in quo occidendi animus concurrit tempore rixæ ; præmeditatum verò in quo occidendi deliberatio ante rixam præcedit*[2].

1083. En principe cette distinction est évidente, mais il est souvent difficile de l'appliquer. Les docteurs enseignent que la préméditation doit être présumée lorsque l'agent a préparé à l'avance les armes ou les instruments nécessaires à l'exécution, lorsqu'il s'est placé en em-

[1] Cass. 3 juill. 1845, Bull. n° 217 ; 8 oct. 1852, Bull. n° 343 ; et, dans un sens contraire, 22 nov. 1838, Bull. n° 364.

[2] Farinacius, quæst. 126, num. 169-204 ; Menochius, casu 361.

buscade [1], lorsqu'il a proféré des menaces ou manifesté une profonde inimitié pour la victime, lorsqu'il l'a attaquée par trahison ou sans provocation. Mais une telle présomption ne leur paraît plus résulter soit de la réitération d'une rixe, soit du grand nombre des blessures faites, soit enfin du temps écoulé entre la provocation et le crime. Une rixe peut en effet se recommencer sous l'empire de la même émotion, et lorsque la réflexion ne l'a pas encore calmée. Menochius rapporte cette opinion, et déclare qu'il l'adopte : *Ego hanc vix probo, quia si prima verè fuit inopinata rixa, illa secunda præsertim si eâdem die subsequatur, creditur commissa calore iracundiæ et ferventis sanguinis.* Farinacius appuie ce système : *Quandò prima rixa fuit inopinata et secunda successit durante eodem calore, licet benè crederem ex geminatione rixæ præsumi animum occidendi, sed non deliberatum et præmeditatum* [2].

La préméditation n'est pas non plus la conséquence nécessaire de la réitération des blessures portées par l'agent. Car, que manifestent ces blessures ou ces coups répétés ? Ils prouvent assurément et la fureur de l'agent, et la volonté qui l'animait ; mais prouvent-ils que cette volonté ait été délibérée avant le crime ? On peut en induire que l'agent avait, au moment où il frappait, le dessein de tuer ; mais la violence avec laquelle se manifeste une volonté n'est pas un indice que cette volonté ait été réfléchie. Telle était la décision des anciens auteurs. *Vulnerum multitudinem et atrocitatem arguere quidem animum vulnerantis fuisse, ut omnino vulneratum occideret ; sed non sequitur ex hoc quod jam animus præcesserit occidendi deliberatus* [3].

Enfin il ne suffit pas toujours, pour que la préméditation soit présumée, qu'un certain temps se soit écoulé entre la pensée du crime et son exécution. Supposons, par exemple, que dans un accès de

[1] Voluntas exteriis indiciis patet, et nempè si armatus incedat, in insidias ponat quæ quidem solæ insidiæ per se etiam delictum sunt. Dambouderius, p. 161, c. 67, n° 12.

[2] Farinacius, *ibid.*, n° 185.

[3] Menochius, *ibid.*, num. 33 ; Julius Clarus, homicidium, n° 6.

colère l'agent ait couru se saisir d'une arme et soit revenu aussitôt la décharger sur sa victime. Ces courts instants écoulés entre sa volonté et l'exécution imprimeront-ils à une action jusque-là spontanée le caractère de la préméditation? Non, car l'agent n'a pas cessé d'agir sous l'impression d'une passion instantanée, et les moments rapides qui ont séparé l'outrage et la vengeance ne suffisent pas pour établir la préméditation; la durée de la colère ne saurait être enfermée dans de certaines limites, ses emportements et sa démence survivent souvent à l'heure qui la vit naître; tant que l'agent est soumis comme un aveugle instrument à leur influence, son action ne change pas de nature; tant que la passion ne lui a pas permis de réfléchir, on ne saurait lui imputer la réflexion. Telle était aussi la décision des docteurs, mais ils allaient beaucoup plus loin : *Ad excludendum deliberationem*, dit Farinacius, *non est necesse ut committatur homicidium in flagrante rixâ, in eodem actu et impetu, nullo interjecto temporis spatio ; sed sufficit quod ex intervallo post rixam et indè ad aliquos dies committatur, dummodò rixæ calor duret* [1]. Ainsi ils n'hésitaient pas à étendre la durée du premier mouvement à plusieurs jours, *ad aliquos dies.* Quelques jurisconsultes prolongeaient même la présomption pendant trente jours, pourvu que l'agent fût resté pendant ce temps sous l'émotion de la provocation : *sufficit non diverti ad extraneos actus.* Cette décision, il faut le dire, porte évidemment l'empreinte d'un siècle et d'un pays où les mœurs faisaient une large part aux vengeances privées. Nous n'admettons pas que pendant plusieurs jours, que même pendant un jour entier, la raison n'ait pu luire au milieu des émotions de l'agent et le faire hésiter à suivre l'inspiration de son ressentiment; dès que la première chaleur de la passion s'est attiédie, la réflexion lutte et la conscience révolte contre le crime. L'influence de la provocation subsiste peut-être encore, mais non plus irrésistible, et l'agent est coupable de ne l'avoir pas combattue. D'ailleurs la préméditation ne suppose pas que le crime ait été nécessairement combiné de sang-

[1] Farinacius, *ibid.*, num. 204.

froid ; elle suppose seulement que la réflexion l'a précédé, et qu'il n'est pas le résultat d'un premier mouvement. Ainsi, toutes les fois que l'intervalle qui sépare la volonté du crime et son exécution est assez long pour faire admettre que la réflexion l'a traversé, la préméditation doit être supposée : au surplus, une présomption de cette nature doit nécessairement se modifier en face des faits ; ce n'est qu'en les étudiant avec soin que le juge peut discerner les signes et les actes qui dénotent une action réfléchie, fixer l'instant où la volonté, abdiquant sa spontanéité, s'est arrêtée sur son projet en y persistant, enfin dégager de leur ensemble les circonstances qui caractérisent la préméditation.

1084. Cette distinction de la préméditation et de la volonté n'est donc pas seulement une distinction théorique, c'est une règle pratique dont l'application doit être exactement constatée ; elle n'a pas seulement le but de séparer deux nuances de la criminalité, elle sépare et distingue deux crimes différents. De là il suit que, dans chaque accusation d'assassinat, la déclaration du jury doit porter à la fois et sur la volonté et sur la préméditation : il serait à craindre, en effet, que les jurés n'attribuassent pas à chacune de ces circonstances la valeur qui lui est propre, et ne les confondissent l'une avec l'autre ; il est donc nécessaire qu'elles soient disjointes dans les questions qui leur sont posées. Nous citerons un exemple : il ne suffirait pas de poser au jury la question de savoir si l'accusé s'est rendu coupable de l'*homicide avec préméditation*, car l'homicide même prémédité peut ne pas constituer l'assassinat ; il est nécessaire qu'il soit qualifié meurtre, c'est-à-dire que la volonté criminelle soit constatée. A la vérité, la préméditation fait présumer la volonté ; mais c'est sur des faits précis, et non sur des suppositions, que les peines doivent être prononcées.

Cette solution est confirmée par un arrêt de la cour de cassation, qui a reconnu qu'aucune contradiction n'existait entre les deux parties d'une déclaration portant, d'une part, qu'une tentative de meurtre avait été commise *avec préméditation*, et de l'autre *sans intention*

de tuer [1]. Cette réponse, en effet, ne fait qu'attester la distance qui sépare ces deux éléments du crime; la préméditation ne s'applique pas seulement au meurtre, elle s'étend aux blessures et à toutes les violences; elle a dans toutes les hypothèses le même caractère. La volonté, au contraire, se modifie sans cesse, et c'est d'après les divers degrés de sa criminalité que le crime revêt des caractères divers. C'est ainsi que, dans l'espèce de l'arrêt que nous venons de citer, le fait, dépouillé de l'intention de tuer, a pu constituer encore le crime de coups portés ou de blessures faites volontairement et avec préméditation.

[[Un autre arrêt maintient encore la même distinction, en reconnaissant qu'il n'y a pas de contradiction entre la première partie de la déclaration d'un jury qui prononce que l'accusé est coupable d'homicide volontaire, avec la circonstance que cet homicide a eu pour objet de faciliter sa fuite, et une question posée comme résultant des débats et portant que l'homicide a été commis avec préméditation. Cet arrêt dispose : « qu'entre ces deux parties de la déclaration du jury il n'y a rien de contradictoire; qu'il est facile de comprendre, en effet, que le meurtre instantanément commis par le demandeur au moment où il avait été surpris en délit avait pu être précédé du dessein par lui formé à l'avance d'attenter à la vie de sa victime [2]. »]]

La cour de cassation a reconnu, par plusieurs arrêts, que la déclaration du jury portant que *le meurtre a été commis avec préméditation* est suffisante pour servir de base à la pensée de l'assassinat [3]. En supposant que la positiou de cette question fût régulière, elle elle pourrait induire les jurés en erreur, car le mot meurtre est un terme complexe qui renferme le fait matériel de l'homicide et l'intention de donner la mort; il est donc important de séparer ces deux éléments aux yeux du jury. Au reste, le système de la division des

[1] Cass. 24 fév. 1817, Bull. p. 29.
[2] Cass. 10 mars 1859, Bull. no 74.
[3] Cass. 20 janv. 1814, Sirey, 17. 1. 35.

questions, que la loi du 21 mai 1836 a introduit dans notre procédure criminelle, a fait disparaître ce danger.

1085. Si l'accusation pèse sur plusieurs accusés, la préméditation doit être déclarée, à l'égard de chacun d'eux, dans une question particulière [1]. [[Il y a lieu de distinguer, en effet, entre les faits d'aggravation personnels et moraux, comme la préméditation et le guet-apens, et ceux qui sont purement matériels et qui se rattachent au fait, comme la maison habitée et la nuit. A l'égard des premiers, il doit y avoir autant de questions que d'accusés [2]; à l'égard des autres, il suffit d'une seule question commune à tous les accusés [3]. »]] Mais en doit-il être ainsi, lorsque l'un d'eux est poursuivi non comme coauteur mais comme complice d'assassinat? La cour de cassation avait longtemps résolu cette question affirmativement [4]; mais dans deux espèces elle s'est écartée de cette règle. Dans la première, le jury avait déclaré, en ce qui concerne le complice, « qu'il était constant que l'accusé avait donné ses instructions pour commettre le crime, et qu'il avait, avec connaissance, aidé et assisté l'auteur principal dans les faits qui en avaient facilité et consommé l'exécution. » Cette déclaration, étant muette sur la préméditation, devint l'objet d'un pourvoi; mais la cour de cassation le rejeta, « attendu que de la déclaration du jury il résultait que le réclamant avait été reconnu coupable *de complicité dans un meurtre commis avec préméditation*, et que les faits de complicité déclarés contre lui renfermaient la déclaration implicite et nécessaire de sa préméditation du crime lors de ces faits [5]. » Dans la deuxième espèce, au contraire, deux questions avaient été posées : d'abord, celle de savoir si l'accusé

[1] Cass. 4 flor. an X, Bull. n° 19.

[2] Cass. 4 janv. 1839, Bull. n° 5; 27 mars 1850, Bull. n° 91; 13 juin 1844, Bull. n° 207; 16 nov. 1854, Bull. n° 315.

[3] Cass. 10 fév. 1844, Bull. n° 46; 31 juill. 1847, Bull. n° 169; 23 nov. 1854, Bull. n° 311. — *Voy.* Traité de l'inst. crim., t. 9, p. 130.

[4] Cass. 18 vend. an X, Bull. n° 17; 11 mess. an XII, Bull. n° 165; 17 pluv. et 23 mess. an XIII, Bull. n°s 107 et 181.

[5] Cass. 26 janv. 1814, Sirey, 15. 4. 35.

était coupable de complicité d'une tentative d'assassinat pour avoir provoqué à cette action par des dons et des promesses, et pour avoir donné des instructions pour la commettre; ensuite, si cette tentative avait été commise avec préméditation et de guet-apens. Or la cour de cassation a déclaré « que ces deux questions étaient doublement inutiles : 1° parce que les caractères de la complicité, tels qu'ils étaient précisés par l'accusation, emportaient nécessairement et implicitement avec eux celui de la préméditation ou du dessein formé avant l'action ; 2° parce que les questions de préméditation et de guet-apens, une fois résolues en ce qui concernait l'auteur du crime, déterminaient aussi le sort de l'accusation relativement au complice, celui-ci devant, aux termes de l'article 59 du code pénal, être puni de la même peine que l'auteur principal [1]. »

Cette jurisprudence a pour résultat de faire dériver, implicitement et par voie de conséquence, de la déclaration du jury, l'existence d'une circonstance aggravante à laquelle est attachée la peine de mort. En général les déclarations du jury ne doivent pas être interprétées; si quelques incertitudes planent sur leur sens, c'est le jury lui-même qui doit les éclaicir; si la cour d'assises n'a pas provoqué ces explications, le sens le plus favorable doit prévaloir. Faire résulter la culpabilité de l'accusé, sur le fait principal, ou sur une circonstance aggravante, d'une déclaration implicite, c'est faire l'aveu le plus formel que cette culpabilité n'a pas été déclarée avec précision, netteté, et n'est pas exempte de toute incertitude. Or prenons les déclarations mêmes rapportées par les deux arrêts. Sans doute il sera clair pour la jurisprudence que celui qui a provoqué l'auteur du crime à le commettre, ou qui l'a assisté dans les actes préparatoires de ce crime, a agi avec préméditation; mais cette interprétation était-elle dans la pensée des jurés? est-il certain qu'ils aient attaché à ces circonstances constitutives de la complicité le même sens que la cour de cassation? Voici la preuve qu'ils y attachaient un autre sens : les jurés, dans l'espèce du dernier de ces arrêts, après avoir répondu

[1] Cass. 19 janv. 1838, Bull. n° 17.

affirmativement sur les circonstauces constitutives de la complicité, avaient toutefois écarté la circonstance de préméditation ; et la cour de cassation déclare en conséquence « qu'il est résulté de ces deux réponses une contradiction évidente, puisqu'il est impossible qu'il y ait absence de préméditation de la part de celui qui est provoqué au crime par des dons et des promesses, qui a donné des instructions pour le commettre, qui a procuré l'arme qui en a été l'instrument, sachant qu'elle devait y servir ; que c'était ainsi tout à la fois reconnaître et nier la préméditation[1]. » Voilà l'interprétation juridique ; on voit que celle du jury était bien différente : il n'avait pas même soupçonné que cette circonstance de la préméditation qu'il voulait écarter pût être cachée dans les faits de complicité ; il affirme ces faits et il nie à la fois cette circonstance ; de sorte que si, dans cette espèce même, la question relative à la préméditation n'avait pas été posée suivant le système de la cour de cassation, la peine de mort aurait eu pour base une interprétation de la déclaration du jury que le jury lui-même a déclarée fausse et erronée. On est donc fondé à poser en principe qu'aucune déduction, quelque évidente qu'elle paraisse, qu'aucune expression même équivalente, ne peut remplacer l'expression de *préméditation* que la loi a consacrée, et que nulle question ne peut faire obstacle à ce que cette circonstance soit expressément posée au jury. Il est trop à craindre que les jurés n'attachent ni le même sens ni la même valeur à des expressions ou à des phrases équivalentes peut-être, mais qui ne traduisent pas la même pensée avec la même netteté et la même précision.

1086. Une question grave se rattache à la règle que nous cherchons à poser : c'est de savoir si l'erreur dans la personne de la victime exclut la préméditation de la part de l'agent ; en d'autres termes, si le fait d'avoir déchargé une arme sur une personne, avec intention de tuer et préméditation, constitue le crime d'assassinat, lorsque la personne atteinte par le coup n'est pas celle que l'accusé

[1] *Voy.* conf. cass. 18 déc. 1856, Bull. n° 398 ; 8 juin 1843, Bull. n° 133 ; 9 juill. 1846, Bull. n° 178.

voulait tuer. Cette question a divisé les anciens jurisconsultes : les uns ne voyaient dans cet homicide qu'un homicide accidentel, *casualis*; les autres y trouvaient au contraire les caractères de l'assassinat. Les premiers s'appuyaient sur ce que l'homicide était le résultat d'une erreur, puisque l'agent n'avait pas eu l'intention de tuer la personne homicidée : *non potest dici in dolo fuisse cùm non intendebat personam quam occidit, sed in eâ erravit*[1]; et ils invoquaient à l'appui de cette opinion la loi 1, *Dig. de injuriis*, qui refuse l'action pour injure à celui qui n'a été frappé que par erreur et au lieu d'une autre personne. Voici le texte de cette loi : *Si cum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim, injuriarum non teneor*[2]. Les autres opposaient à cette opinion que l'erreur n'empêchait pas que le coupable n'eût agi avec intention de tuer, avec préméditation ; que si cette volonté et cette préméditation ne se rattachaient pas à la personne homicidée, elles n'en existaient pas moins, et qu'il suffisait de la présence de ces deux circonstances dans l'acte, alors même qu'elles étaient étrangères à son résultat : *sufficit animum occidendi, si non in specie saltem in genere.* On citait dans ce sens la loi 18, § 3, *Dig. de injuriis*, qui se concilie du reste facilement avec celle que nous venons de rappeler[3], mais qui donne en effet l'action pour injure à la personne qui ne l'a reçue que par erreur et dans la place d'une autre personne : *Si injuria mihi fiat*, porte cette loi, *ab eo cui sim ignotus ; si quis putat me Lucium Caïum esse cùm sim Caïus Seïus, prævalet, quod principale est, injuriam eum mihi facere velle ; nam certè ego sum, licèt*

[1] Menochius, casu 324, num. 11. Carrerius in Praxi criminali, de homicidio, § 2, num. 59.

[2] Cette loi n'aurait pas dû être invoquée, parce que le maître ne commettait pas un délit *servo suo pugnum ducendo*, et elle a induit en erreur Damhouderius, qui a pensé que le *meurtrier* ne devait être tenu que *ad detrimentorum restitutionem et reparationem*, p. 248, c. 85, nº 7.

[3] Voici en quels termes Barthole concilie ces deux lois : Quandò injuria infertur in aliquem principaliter, veritas inspicitur potiùs quàm opinio ; et cùm infertur in aliquem per consequentiam, inspicitur opinio potiùs quàm veritas.

ille putet me alium esse quàm sum, et ideò injuriarum habeo [1].

1087. Entre ces deux opinions contradictoires, un troisième avis s'est fait jour. Julius Clarus, quoiqu'il refuse d'abaisser dans ce cas la peine d'un degré, énonce cependant l'opinion que, si l'erreur de l'agent dans le choix de sa victime n'efface pas la volonté, elle fait disparaître la préméditation : *Benè verum est quod respectu istius homicidii cessat qualitas animi deliberantis* [2]. Cette distinction, nous l'avouerons, nous avait d'abord séduits. Il est évident en effet que ce fait complexe, quelle que soit sa qualification, n'est point un homicide involontaire; car comment faire abstraction de la volonté de tuer qui guidait le bras de l'agent? Il s'est trompé de victime, mais il a frappé volontairement la personne qui s'offrait à ses yeux. Cette volonté est acquise au fait, elle lui imprime sa criminalité; l'erreur de l'agent ne la fait pas disparaître, car, quel qu'ait été son objet, elle a existé avec l'action; ce n'est pas seulement par imprudence que l'agent a tiré son coup de fusil ou frappé de son poignard, c'est parce qu'il voulait tuer. Mais la même décision peut-elle s'étendre à la préméditation? Il nous semblait que la préméditation, qui est le dessein formé d'avance d'attenter à la personne d'un individu déterminé, pouvait difficilement exister, lorsque la personne atteinte n'est pas celle que la pensée criminelle menaçait, celle dont la mort avait été préméditée. Mais cette distinction, proposée par Julius Clarus, est peut-être plus subtile que solide; car, si la préméditation ne s'adressait pas à la personne qui a été victime de l'action, elle n'en existerait pas moins dans l'action elle-même. De même que la volonté de tuer, elle animait la pensée de l'agent, elle le plaçait sur le chemin de sa victime; son erreur n'a changé que le résultat du crime, elle n'en a pas changé la nature; elle ne peut faire qu'il ne l'ait pas prémédité, que son dessein n'ait pas été formé d'avance, que la personne qu'il a attaquée n'ait pas été dans sa pensée le but

[1] Farinacius, quæst. 125, num 136. Perezius, t. 2, p. 180. Jousse, t. 3, p. 508.

[2] Julius Clarus, § homicidium, num. 6.

de ce dessein. La préméditation comme la pensée ont donc accompagné son action, et sa criminalité est la même que s'il eût réussi dans son projet, car il ne peut même offrir comme une excuse l'erreur qui l'a trompé, puisqu'il a fait une victime.

1088. Cette question ne s'est présentée devant la cour de cassation que dans des accusations de meurtre, et par conséquent elle n'a eu à s'expliquer que sur la circonstance de la volonté; mais elle s'est, à cet égard, pleinement rattachée à l'opinion que nous venons d'exprimer; ses arrêts, en effet, sont ainsi conçus : « Attendu que dans l'espèce l'accusé a été déclaré coupable d'homicide volontaire, toutefois sans préméditation; qu'il suit de là qu'il a été déclaré coupable d'avoir tiré volontairement un coup de fusil avec l'intention de tuer; que peu importe qu'au lieu de donner la mort à celui qu'il voulait pour victime il ait atteint la femme ou le mari, il n'en est pas moins constant qu'il a donné la mort avec intention de tuer; que ce fait constitue le crime de meurtre[1]. »

Au surplus, cette discussion n'a, dans la plupart des cas, aucun intérêt pratique; car le fait que nous cherchons à apprécier présente presque toujours deux crimes séparés et distincts : à l'égard de la victime, un crime consommé; à l'égard de la personne que l'agent voulait atteindre, un crime manqué par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Or, en supposant même que, dans la première de ces hypothèses, on pût faire abstraction de la circonstance de la préméditation, cette circonstance se retrouverait dans la seconde; et, dans notre législation, le crime manqué est puni comme le crime consommé. La question en général aurait donc en elle-même peu d'intérêt, s'il n'était pas important de fixer, indépendamment des peines qui sont variables, le caractère essentiel et invariable des actes incriminés.

1089. Il ne nous reste plus, pour terminer le paragraphe, qu'à jeter un coup d'œil sur la peine applicable au crime d'assassinat.

[1] Cass. 8 sept. 1826, Bull. n° 172, et 21 juin 1835, Journ. du dr. crim. 1835, p. 223; 7 avr. 1853, Bull. n° 127; 8 déc. 1853, Bull. n° 575.

Cette peine a peu varié chez presque tous les peuples : la peine de mort a été la peine commune de l'assassinat [1]. Ceux même qui ont le plus restreint son application l'ont réservée pour ce crime [2]. Il a semblé que si sa légitimité cessait d'être douteuse, c'était en face du cadavre d'un homme assassiné; et que la conscience, après avoir sondé le crime, n'hésitait point à la désigner comme sa seule expiation. « La peine de l'assassinat est la mort, disait M. Faure au corps législatif; c'est celle du talion. Toute autre peine, quelque rigoureuse qu'elle fût, ne serait pas assez répressive, et le plus souvent produirait l'impunité. Sans cette peine, la haine ou la vengeance d'un lâche pourrait se satisfaire en jouant, si je puis parler ainsi, un jeu trop inégal contre le citoyen dont il méditerait la mort : l'un ne mettrait au jeu que sa liberté, l'autre y mettrait sa vie. »

Sous notre ancien droit, la mort n'avait pas même paru une peine suffisante, et les supplices variaient leurs atrocités suivant que les circonstances du crime avaient été plus ou moins atroces. L'édit de juillet 1547 portait : « que toutes personnes, soit nobles, soit roturières, de quelque état et qualité qu'elles fussent, qui auraient commis meurtres et homicides de guet-apens et assassinement, seraient punies de la *peine de mort sur la roue*, sans autre commutation de peine, quelle qu'elle soit. » Mais, indépendamment de cette peine principale, la jurisprudence avait attaché à l'assassinat des peines accessoires, telles que l'amende honorable, le poing coupé, le corps du roué jeté au feu et ses cendres jetées au vent [3].

[1] Genèse, ch. 9, vers. 6; Exode, chap. 21, nos 12 et 14; Lévit., ch. 24, no 17; l. 4, § 5. Dig. de sicariis; l. 3, C. de episcopis, § item leg. Cornelia; Instit. de publicis judiciis. Farinacius, quæst. 119, no 12; Julius Clarus, § homicidium, no 18, et quæt. 68, no 17; Covarruvias. Var. res., lib. 2, cap. 9, no 2.

[2] Revised statutes of New-York.

[3] Arr. du parl., du 7 mai 1736, qui condamne Nicolas Lefèvre à faire amende honorable à genoux, nu-tête et nu-pieds, en chemise, la corde au cou, à avoir le poing droit coupé, être rompu vif, mourir sur la roue, jeté au feu, et ses cendres jetées au vent. Arr. du 26 nov. 1755, qui condamne

Ces atroces et inutiles supplices, qui subsistent encore dans quelques législations modernes, ont disparu de nos lois en 1789. L'assemblée constituante proclama que : « la peine de mort consisterait dans la simple privation de la vie, sans qu'il pût jamais être exercé aucune torture envers les condamnés. » Néanmoins le code du 25 septembre — 6 octobre 1791, après avoir déclaré que : « l'homicide commis avec préméditation serait qualifié assassinat et puni de mort, » ajoutait cette disposition : « Quiconque aura été condamné à mort pour crime d'assassinat, d'incendie ou de poison, sera conduit au lieu de l'exécution revêtu d'une chemise rouge. »

Cette disposition n'a point été maintenue par notre code, dont l'article 302 porte simplement : « Tout coupable d'assassinat sera puni de mort. » Cette peine même se trouve désormais réservée pour les cas les plus graves, puisque l'application des circonstances atténuantes à tous les crimes permet, toutes les fois que quelqu'une de ces circonstances est révélée par les débats, de la remplacer par celle des travaux forcés à perpétuité ou même à temps.

§ V.

De la complicité du suicide.

1090. Nous avons vu jusqu'à présent que le crime d'assassinat ne peut exister que par le concours du fait matériel de l'homicide, de la volonté de tuer et de la préméditation, et nous avons examiné la nature de cette dernière circonstance qui distingue l'assassinat du meurtre et le caractérise. Nous devons maintenant parcourir quelques espèces dans lesquelles ces caractères ne se découvrent pas d'une manière

Michel de Reulon à être rompu vif en place de Grève et à mourir sur la roue, le condamne en outre à 300 livres pour être fait une épitaphe où l'arrêt sera gravé, et en une somme suffisante pour être fondé dans l'église un service perpétuel pour le repos de l'âme de la victime, etc.

nette et précise, et qui dès lors ont de graves difficultés ; nous voulons parler de la complicité du *suicide* et du *duel*.

1091. Notre législation n'a point incriminé le *suicide*. La loi avait-elle le droit d'intervenir, comme dans d'autres temps, pour imprimer à cet acte immoral sa publique flétrissure ? Ce n'est point ici le lieu d'examiner une question qui demande d'immenses développements. La loi romaine, réfléchissant les principes de la philosophie stoïcienne, considérait le suicide comme un acte de force et de vertu, lorsqu'il avait pour cause les angoisses des passions, le dégoût de la vie, ou le supplice des maladies : *si in impatientiâ doloris, aut tædio vitæ, aut morbo, aut furore, aut pudore, mori maluit* [1] ; elle ne lui infligeait dans ces différents cas aucune peine. Ce n'était que lorsque celui qui s'était donné la mort se trouvait soit en état d'accusation, soit surpris en flagrant délit, que la peine pouvait l'atteindre ; et dans ce cas, c'était moins le suicide que la loi punissait, que le crime qui l'avait précédé, parce qu'elle apercevait dans cette volonté de se dérober par la mort à une condamnation menaçante l'aveu complet de la culpabilité de l'agent. Le châtiment était alors la confiscation des biens. *Papinianus ita scripsit : ut qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint bona eorum fisco non vindicentur, non enim facti sceleritatem esse obnoxia ; sed conscientiæ metum in reo velut confesso teneri placuit : ergò aut postulati esse debent, aut in scelere deprehensi ; ut si se interfecerint, bona eorum confiscentur* [2]. Cependant la peine de la confiscation ne pouvait, même dans cette double hypothèse, être appliquée qu'autant que le crime commis avant le suicide emportait la peine de mort ou celle de la déportation [3] ; et les héritiers étaient toujours admis à faire preuve de l'innocence de son auteur [4].

[1] L. 6, § 7, Dig. de re militari.

[2] L. 3, Dig. de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverint ; l. 1, § 22, Dig. de sen. cons. Silaniano.

[3] L. 3, § 1, Dig. de bonis eorum qui, etc.

[4] Damhouderius, c 88, nos 2 et 3, dit : Qui seipsum interemit, si certè et corpus et animam propriam nefariè perdit...., ut Judas qui magis peccavit

Le droit canonique adopta un principe directement contraire ; il considéra le suicide comme un crime, comme un homicide : *est verè homicida et reus homicidii cùm se interficiendo innocentem hominem interfecerit* [1]. En conséquence, l'Église refusait ses prières à celui qui s'était donné la mort, pourvu toutefois qu'il eût agi avec la conscience de son action [2]. Ce principe dut exercer une extrême influence sur la législation. Un capitulaire de Charlemagne permet les aumônes et les prières en faveur des suicides, mais défend les pompes et le service de l'Église [3]. L'empereur donne le motif de cette transaction : *quia incomprehensibilia sunt judicia Dei, et profunditatem consilii ejus nemo potest investigare.* Saint Louis prononça pour cet acte la peine de la confiscation : « *Se il avenoit que aucuns hons se pendist, ou noiast, ou s'occist en aucune manière, li meubles seroient au baron et aussi ceux de la fame* [4]. » L'art. 1er du titre 22 de l'ordonnance de 1670 ordonne de faire le procès au cadavre, *dans le cas d'homicide de soi-même.* « Aujourd'hui, dit Jousse, on condamne les cadavres de ceux qui se sont homicidés eux-mêmes à être traînés sur une claie la face contre terre, et ensuite à être pendus par les pieds ; et on les prive de sépulture [5]. » La jurisprudence excusait toutefois les suicides commis dans les accès d'une maladie [6].

desperando et per desperationem seipsum occidendo quàm Christum nequiter tradendo.

[1] Can. 12, caus. 23, quæst. 4.

[2] Placuit ut qui sibi ipsis voluntariè violentam inferunt mortem nulla prorsùs pro illis in oblatione commemoratio fiat neque cum psalmis ad sepulturam eorum cadavera deducantur. Can. 12, caus. 23, quæst. 4.

[3] De eo qui semetipsum occidit, aut laqueo se suspendit, consideratum est ut si quis compatiens elemosynam dare tribuat et orationes in psalmodiis faciat, oblationibus tamen et minis ipsi caveant. Baluze, Capit. lib. 6, cap. 70.

[4] Établiss. de St Louis, § 88.

[5] Trait. des mat. crim., t. 4, p. 131.

[6] Cette exception était également faite par le droit canonique : Secùs dicendum est de his qui per furorem vel insaniam sibi mortem consciverunt ; hi enim qui nesciunt quid agant et satis furore puniantur culpâ vacant. Can. si quis insaniens, 15, quæst. 1.

A cette peine corporelle plusieurs coutumes ajoutaient la confiscation [1], mais cette peine accessoire n'était pas générale. Quant à la simple tentative de suicide, elle était passible de la peine même de l'homicide volontaire : *punitur tamen perindè ac si delictum consummasset* [2].

1092. Ces dispositions tombèrent en 1791 avec l'ancienne législation criminelle ; elles n'ont point été rétablies. Faut-il regretter sous quelques rapports cette abolition ? Une disposition répressive, en flétrissant le suicide, aurait-elle pour effet d'en refréner les actes ? Nous ne possédons aucun document précis qui nous permette de déterminer avec justesse quelle a pu être l'influence des anciennes lois sur les mœurs. Ce n'est donc qu'à l'aide d'inductions et de probabilités qu'on peut chercher à apprécier quels seraient les effets d'une pénalité appliquée au suicide. En général, il ne faut pas se dissimuler que l'incrimination légale n'aurait qu'une puissance incertaine et souvent méconnue ; les passions et les affections morales qui poussent au suicide sont souvent plus fortes que l'autorité des lois. La religion seule a le pouvoir d'enchaîner la volonté, parce qu'elle commande aux passions ; sa voix parle assez haut, même au milieu des tempêtes de l'âme, pour en apaiser les soulèvements.

Cependant ne nous hâtons point de proclamer toute disposition impuissante et stérile : l'inscription du suicide parmi les délits aurait déjà un avantage, celui d'édicter une haute leçon, un avertissement moral pour les peuples ; et qui sait si cette salutaire flétrissure ne détournerait pas de son accomplissement quelques esprits momentanément égarés ? N'empêchât-elle qu'une seule mort volontaire, la loi serait-elle inutile ? quelle voix oserait s'élever pour le dire ?

Mais si la difficulté n'est pas dans l'incrimination de l'acte en lui-même, elle est dans le choix et dans l'application d'une pénalité. Nos lois ont répudié la confiscation qui, pour atteindre l'agent, frappait la

[1] Serpillon, t. 2, p. 960 ; Loysel, l. 6, t. 2, reg. 28, dit : « L'homme qui se met à mort par désespoir confisque ses biens. »

[2] Julius Clarus, quæst. 68, num. 37.

famille, et nos mœurs ne toléreraient plus ces supplices que la loi infligeait aux cadavres, lorsqu'elle ne pouvait plus se prendre aux coupables eux-mêmes. La punition ne pourrait donc être, en définitive, qu'une flétrissure publique; mais quel serait l'effet de ce blâme dépourvu de sanction, de cette infliction morale prononcée sur une tombe? Et puis il faut bien remarquer que tous ceux qui attentent à leur vie n'obéissent pas à une immorale impulsion. La statistique criminelle attribue le tiers des morts volontaires à des maladies cérébrales, dont le suicide est un des symptômes ou l'un des effets. Il serait donc nécessaire, dans le système de la répression, qu'une enquête solennelle à chaque mort volontaire vînt éclairer et recueillir les causes de la détermination de l'agent et l'état de sa raison au moment même de cette détermination. Or, quelle incertitude dans une telle investigation! quels vagues moyens d'instruction pour arriver à flétrir une vie peut être pure! Telles sont les difficultés qui nous semblent environner cette question; nous faisons des vœux pour qu'elles ne restent pas insolubles.

1095. Le suicide ne rentre donc point dans la classe des assassinats, il ne constitue point un délit; la loi pénale ne l'a incriminé sous aucun rapport. Ce point reconnu, nous posons cette question: Le fait de complicité du suicide peut-il devenir passible d'une peine? Placée dans ces termes, la question n'offre point de difficulté sérieuse; car il n'y a point de complices sans un fait principal et à l'exécution duquel ils se rattachent; il n'y a point de participation criminelle à un fait qui ne constitue en lui-même ni crime ni délit [1]. La cour de cassation a dû proclamer en conséquence « que la complicité d'un fait de suicide n'est punie par aucune loi pénale [2]. » Il est donc bien constant que l'agent qui a provoqué un tiers au suicide, qui l'a aidé dans ses préparatifs, qui lui a fourni les instruments ou les armes destinés à lui donner la mort, n'est pas plus punissable que celui-là même qui a tenté de se donner la mort: cet agent a commis sans

[1] *Voy.* notre chapitre XII sur la complicité, t. 1, p. 404.

[2] Cass. 27 avr. 1815, Sir. 15. 1. 317; 16 nov. 1827, Sir. 28. 1. 135.

doute un acte immoral et qu'on ne saurait trop flétrir, mais il reste à l'abri de toute répression ; en n'incriminant pas le suicide, la loi absout les complices.

1094. Mais la question prend une haute gravité lorsque l'agent ne s'est pas borné à des actes d'assistance ; lorsque, pour obéir à la voix de l'insensé qui implorait la mort, il a prêté son bras et a tenu l'arme destructive, quand il a consommé l'homicide. Car alors s'élève un doute terrible : n'est-ce là qu'un acte de complicité de suicide ? n'est-ce point un crime principal, un homicide volontaire, un crime d'assassinat ?

La cour de cassation a répondu affirmativement à cette question, et son opinion a été nettement exprimée dans l'espèce suivante. Lefloch avait été condamné à la peine capitale comme coupable d'assassinat ; il s'est pourvu en cassation, et a fait valoir, à l'appui de ce pourvoi, cette circonstance, d'ailleurs reconnue par l'accusation et par le jury, que l'assassinat avait été commis *du consentement et sur la demande expresse de la victime*, qui, fatiguée de la vie, avait résolu de terminer ses jours par un suicide, mais qui apparemment n'avait pas trouvé en elle-même le triste courage de consommer ce crime sans le secours d'une main étrangère. La cour a rejeté ce moyen en déclarant : « que, si le suicide n'est point un fait puni par les lois pénales du royaume, il n'y a de suicide proprement dit que lorsqu'une personne se donne elle-même la mort ; que l'action par laquelle une personne donne volontairement la mort à autrui constitue un homicide ou un meurtre, et non un suicide ou un acte de complicité de suicide ; que le meurtre n'est excusable que dans le cas prévus par les articles 321 et 322 du code pénal ; que l'homicide ne cesse d'être considéré comme un crime ou un délit que lorsqu'il a été le résultat du commandement de la loi et de l'autorité légitime, ou de la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ; qu'il importe peu que la mort ait été donnée du consentement, par provocation, ou par l'ordre de la personne homicidée, puisque ce consentement, cette provocation ou cet ordre ne constituent ni un fait d'excuse aux termes des articles précités, ni une circonstance exclusive de la crimi-

nalité de l'action aux termes des articles 321 et 327 du code pénal; que les lois qui protégent la vie des hommes sont d'ordre public; que les crimes et délits contre les personnes nè blessent pas moins l'intérêt général de la société que la sûreté individuelle des citoyens, et qu'aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite le fait que les lois ont déclaré punissable, sans autres conditions ni réserves que celles qu'elles ont expressément établies[1]. »

1095. La même décision s'est reproduite dans une espèce analogue, quoique différente. Un jeune homme et une jeune fille étaient convenus de se donner la mort ensemble. Le rendez-vous avait été pris, les armes préparées. Arrivés au lieu fixé, le premier s'appliqua d'une main un pistolet sous le menton, et de l'autre il dirigea un second pistolet contre la jeune fille, qui tenait elle-même le canon appuyé sur son sein; au signal donné par elle, le malheureux obéit : elle tomba morte; pour lui, sa blessure n'était pas mortelle. Poursuivi pour assassinat, une ordonnance de la chambre du conseil déclara n'y avoir lieu à suivre, en se fondant sur deux motifs : le premier tiré de cette considération, que si le prévenu n'eût pas échappé à la mort qu'il avait cherché à se donner, il n'y aurait pas eu crime, et qu'on ne pouvait faire résulter ce crime du hasard qui lui avait laissé la vie; le second était ainsi conçu : « Un meurtre, un assassinat est toujours dicté soit par la colère, soit par la vengeance, soit par la cupidité; aucun de ces sentiments coupables n'animait l'inculpé; le désespoir seul l'a guidé : s'ils eussent survécu tous deux, les accuserait on tous deux de meurtre ou d'assassinat réciproque? Non évidemment; il y a eu suicide seulement, crime réprouvé par les lois de Dieu et par la morale, le plus affreux des crimes parce qu'il n'est pas donné à l'homme de s'en repentir, mais qui n'est pas atteint par les lois pénales. » Cette ordonnance a été déférée à la cour de cassation dans l'intérêt de la loi : « Est-ce donc là un suicide? a dit M. le procureur général Dupin; comment les juges ont-ils pu méconnaître à ce point le caractère du suicide? Le

[1] Cass. 16 nov. 1827, Bull. n° 284.

suicide, comme le mot l'indique suffisamment, c'est le meurtre de soi-même... Mais le suicide conventionnel, c'est la première fois qu'on voit un pareil acte consacré par la justice! L'histoire ancienne nous apprend que des maîtres abusaient de leur puissance sur leurs esclaves pour leur dire : *Tuez-moi;* mais il y avait là une raison d'obéissance, contraire sans doute à la morale, mais qui ne blessait ni les idées religieuses des païens ni leurs lois. Ici c'est un homme libre et indépendant qui accepte la mission de donner la mort à son semblable, et un pareil acte serait licite! Parce qu'on aurait dit *tuons-nous*, et non pas *tuez-moi*, ce serait là un double suicide! On le concevrait si chacun avait tiré sur soi; mais ici rien de semblable; c'est le même individu qui a tiré simultanément sur les deux. Serait-il vrai que la mort du suicidé justifierait le meurtre? Mais on voit tous les jours celui qui a tué chercher à se donner la mort; si, lorsqu'il est frappé mortellement, la justice reste inactive, c'est qu'on ne fait pas de procès aux cadavres; mais le fait n'en reste pas moins avec la qualification qui lui appartient, et, s'il a survécu, la justice est saisie. Comment d'ailleurs pourrait-on invoquer la convention que sanctionne l'ordonnance? Est-ce qu'une pareille convention n'est pas réprouvée par la morale et par la loi? » La cour de cassation a adopté ces conclusions par un arrêt qui porte « que la protection assurée aux personnes par la loi constitue une garantie publique; que dès lors le consentement de la victime d'une voie de fait homicide ne saurait légitimer cet acte; qu'il ne peut résulter une exception à ce principe de la circonstance que l'auteur du fait consenti de meurtre a voulu en même temps attenter à sa propre vie; qu'en vain la décision attaquée se fonde sur ce que, dans ce cas, il n'aurait été atteint, s'il eût succombé, par aucune disposition de la loi pénale; d'où elle infère que sa culpabilité ne peut dépendre du hasard qui l'a sauvé de la mort; que la criminalité de l'acte résultait, indépendamment de toute circonstance postérieure à sa perpétration, du concours de la volonté homicide et du fait qui en a été la conséquence; que la mort de l'inculpé n'aurait eu d'autre effet que de prévenir ou d'arrêter la poursuite de cet acte, sans le dépouiller de son caractère criminel;

qu'on n'est pas mieux fondé à prétendre qu'un attentat sur une tierce personne, suivi d'une tentative de suicide, l'un consenti et même provoqué par la victime, l'autre effectué par le meurtrier, ne présente d'autre caractère que celui d'un double suicide; qu'il n'y a de suicide que dans le sacrifice qu'on fait de sa propre vie, e' que ce sacrifice ne donne pas le droit de disposer de la vie d'autrui[1]. » Deux autres arrêts ont statué dans le même sens[2].

1096. A Dieu ne plaise que notre dessein soit d'atténuer, sous quelque rapport que ce soit, la criminalité soit de l'homicide commis sur la demande d'autrui, soit d'un double suicide! Loin de là, notre pensée est que ces deux actes révèlent une honteuse immoralité, que non-seulement ils outragent la morale, mais menacent la société elle-même, et que la société peut les punir, car elle a la mission de veiller à la sécurité individuelle des citoyens et de protéger leur vie même contre leur propre volonté. Mais on se laisse trop facilement préoccuper par cette idée, louable sans doute, que tout fait immoral doit trouver sa punition dans la loi écrite: que d'immoralités la loi n'atteint pas et que la société elle-même couvre de son égide! Il ne s'agit pas de sonder les plaies de la société et de créer des incriminations nouvelles; nous devons expliquer une loi faite, et l'appliquer telle qu'elle existe; nous devons examiner si elle a prévu cette horrible assistance prêtée au suicide, s'il faut désavouer son sens et forcer ses termes pour atteindre cet acte nouveau de ses pénalités.

Est-il vrai, en premier lieu, qu'il n'y ait de suicide proprement dit que lorsqu'une personne se donne elle-même la mort? Est-il vrai que cet acte doive perdre cette qualification aussitôt que la mort part d'une autre main que la sienne? Cette assertion, qui repose uniquement sur l'étymologie du mot, ne paraît pas exacte : c'est la volonté qui fait le suicide, et non pas l'acte matériel de se donner la mort. L'homme qui de son propre mouvement se précipite à la bouche d'un canon, ou qui sans nécessité court au-devant des balles ennemies,

[1] Cass. 23 juin 1838, Bull. n° 177.

[2] Cass. 17 juill. et 21 août 1851, Bull. n°ˢ 287 et 348.

cet homme ne sera-t-il pas suicide? Qu'importe que vous teniez vous-même l'arme qui va vous détruire, ou que cette arme parte par l'effet d'une machine que vous aurez préparée? Aura-t-elle un caractère différent, parce que vous aurez déposé l'arme entre les mains d'une personne ignorante, aussi aveugle et dévouée que cette machine? n'est-ce pas votre volonté, sinon votre main, qui en pressera la détente? n'est-ce pas vous en réalité qui aurez accompli ce fatal homicide? Eh quoi! un homme aura armé le bras d'un serviteur dévoué, il aura impérieusement exigé d'une aveugle amitié la préparation d'un poison, lui seul enfin aura médité sa propre mort et en aura fait les apprêts, ses instances n'auront vaincu qu'avec peine la résistance qu'on lui opposait, et l'on voudrait, pour apprécier cette action, faire abstraction et de son secours et de ses efforts, et ne voir que le fait d'un autre dans l'acte dont il a lui-même ordonné la perpétration! Non, la main étrangère dont il s'est servi, quelque criminelle qu'ait été son aide, n'a plus été qu'un instrument, une arme dont il a dirigé les coups; l'attentat ne peut changer de nature, parce qu'il a changé de mode d'exécution; son caractère n'est pas dans la forme extérieure de la mort, mais dans la volonté qui l'impose; dès qu'elle est le résultat de l'ordre de la personne homicidée, elle constitue un véritable suicide.

1097. Cela posé, il reste à caractériser l'action de cette personne qui a pu accepter et remplir avec une si grossière docilité sa fatale commission : faut-il, dans l'horreur que son acte nous inspire, l'isoler du concours qui lui a été donné, pour en faire un crime à part? Faut-il faire abstraction de cette volonté dont elle s'est faite l'instrument, de cette influence qu'elle subissait, pour n'apercevoir que sa seule action, distincte et séparée des causes qui l'ont produite? En un mot, cet acte n'est-il à son égard qu'un acte de complicité de suicide; et, s'il faut le punir, est-ce seulement comme une faute grave, une haute imprudence, une impéritie grossière? ou bien doit-on, en effaçant les circonstances qui l'entourent et le modifient, le considérer comme un crime complet par lui-même, comme un homicide volontaire et délibéré?

Les motifs énoncés par la cour de cassation en faveur de cette dernière opinion peuvent se résumer dans ces termes : alors même que l'homicide a été provoqué par la victime, il renferme, abstraction faite de cette provocation, les deux éléments du crime, le fait matériel et la volonté de tuer. Mais cet argument tranche la question plutôt qu'il ne la décide : il ne suffit pas, en effet, de constater l'existence de la volonté de donner la mort ; il importe de savoir si cette volonté, telle qu'elle se présente dans l'espèce, est empreinte du caractère criminel nécessaire pour constituer le meurtre, et si elle n'a subi aucune modification de cette circonstance que le fait a été commis sans violence. C'est là qu'est la question, et son examen nous ramène aux principes de notre matière.

C'est une règle fondamentale du droit pénal, qu'il n'y a point de crime sans une intention criminelle, et cette intention se trouve nécessairement comprise dans la volonté de tuer qui forme l'un des éléments du meurtre et de l'assassinat. Si, en analysant les faits constitutifs de ces crimes, nous avons substitué *la volonté de tuer à l'intention criminelle*, c'est uniquement pour indiquer que cette intention devait s'élever ici jusqu'au dessein de donner la mort ; c'est surtout pour répudier une jurisprudence longtemps adoptée, et qui avait proclamé que l'intention de nuire, quelque indéterminée et vague qu'elle fût, suffisait pour constituer le meurtre, dès qu'elle se réunissait au fait matériel d'un homicide consommé[1]. Par la volonté de tuer, dans le meurtre, il faut donc comprendre la volonté de nuire en donnant la mort ; c'est cette intention criminelle, c'est cette fraude, ce dol qui constitue le crime. Aussi, dans certains cas où la loi a pu prévoir que la volonté de donner la mort se trouverait nécessairement dégagée d'une intention criminelle, comme dans les homicides commis par le commandement de la loi ou la nécessité de la défense, elle cesse de faire de cette volonté la base du crime ; la volonté de tuer, l'homicide existent encore, le crime n'existe plus.

[1] Cass. 14 fév. 1812, 2 juill. 1819, 26 janv. 1827, 16 juill. 1829. *Vid. suprà*, n° 1050.

1098. Dans la loi romaine, le *dol* était également un élément nécessaire du meurtre, et elle avait soin de le distinguer de la *faute lourde*, afin qu'on ne les confondît pas : « *In lege Corneliâ dolus pro facto accipitur ne in hâc culpa lata pro dolo accipiatur*[1]. Barthole pose en conséquence ce principe dans sa Glose : *In pœnis corporalibus lata culpa non comparatur dolo;* et Muyart de Vouglans répétait, en posant ses Lois criminelles : « *Nous appelons homicides qualifiés tous ceux qui se commettent par dol*[2]. » Or, qu'était-ce donc dans le droit que le dol, cet élément nécessaire du meurtre? La Glose nous l'apprend : *Dolus, id est, dolosum propositum.* Muyart de Vouglans développe cette règle : « Sous le nom de *dol*, » dit-il, nous voulons parler de ces passions basses et perfides qui » sont les plus dangereuses de la société, telles que la haine, l'envie, » la cupidité, la vengeance et la cruauté. » Et cet auteur ajoute : « C'est aussi à cause de la *malignité* qui en est le principe, que ces » sortes de crimes sont également réprouvés par les lois divines et » humaines. »

Nous retrouvons ce principe dans toutes les législations. La loi hébraïque ne punit l'homicide qu'en le supposant accompagné de fraude et d'embûches : *Si quis per industriam occiderit proximum suum et per insidias, ab altari meo evelles eum ut multetur*[3]. Les Capitulaires n'incriminent également que l'homicide commis avec violences et sans justes causes : *Quicumque casu temerario alium sine causâ occiderit, vitæ periculo feriatur*[4]. La même restriction s'est reproduite dans le code de Prusse : il faut, suivant l'article 806 de ce code, pour que l'homicide volontaire constitue un crime, qu'il soit commis *dans le coupable dessein de nuire à autrui*. Enfin, les législations qui n'ont pas exprimé cette distinction l'ont implicitement supposée, car elles ont placé deux degrés dans l'homicide volontaire,

[1] L. 7, Dig. ad. leg. Cornel. de sicariis.
[2] Lois crim., p. 171.
[3] Exode, cap. 21, 12, v. 14.
[4] Capit. Childebert, an 534; Baluze, t. 1, p. 197.

le meurtre et l'assassinat ; et ni la définition donnée généralement au meurtre et d'après laquelle le crime est l'homicide commis sous l'influence d'une passion soudaine, ni la définition de l'assassinat qui suppose les froides combinaisons du crime, ne permettent d'admettre dans l'une ou l'autre de ces deux catégories l'homicide commis par l'ordre même de la personne homicidée et pour aider un suicide.

Cette appréciation de la volonté criminelle respire dans les termes mêmes de notre loi pénale : en punissant le meurtre et l'assassinat, il est évident que le code n'a voulu punir que l'homicide commis par fraude et par violence. Toutes ses dispositions, en effet, supposent l'exercice d'une violence quelconque de la part du coupable C'est ainsi que l'article 297 n'aperçoit de préméditation que dans le dessein *d'attenter à la personne d'un individu ;* que l'article 296 n'incrimine le guet-apens que lorsqu'il a pour but de donner la mort ou d'exercer *des actes de violence ;* que l'article 309 qualifie *violences* les coups et les blessures qu'il punit, etc. Dans toutes ces dispositions, c'est donc l'attentat, ce sont les violences que la loi incrimine ; nulle part elle n'a supposé que la mort donnée sans violence à celui qui l'invoquait pût être comprise dans ses incriminations.

1099. Nous sommes donc fondés à le dire, il ne suffit pas, comme élément du crime de meurtre ou d'assassinat, que la volonté de tuer ait été dans la pensée de l'agent, car cette volonté n'est pas essentiellement criminelle ; il faut qu'elle soit née de la méchanceté et de l'envie de nuire, il faut qu'elle se soit proposé de commettre un crime : or cette volonté criminelle existe-t-elle quand une convention lie l'agent et la victime ? quand celui-là n'agit que sur l'ordre de celle-ci ? quand les deux volontés se réunissent et concourent dans la perpétration de l'homicide ? Il est évident que ce fait modifie entièrement la criminalité de l'action : elle ne prend plus sa source dans la violence, dans la cupidité, dans les plus odieuses passions ; c'est une fausse pitié, c'est un dévoûment mal entendu qui l'inspire. L'agent puise son intérêt non plus dans la satisfaction de ses désirs personnels, mais dans l'intérêt de la satisfaction de la victime ; il est visible que son action diffère de l'assassinat comme la

faute lourde du dol, comme le préjugé du crime, comme l'ignorance grossière d'une volonté coupable. Il a voulu la mort de la victime parce qu'elle la voulait elle-même, il a prêté son bras à l'exécution de l'homicide parce qu'elle implorait son aide; mais il n'en avait point conçu la pensée avant son impulsion, il ne l'avait point méditée en secret; aucun intérêt, aucune passion ne l'animait; la résolution était immorale sans doute, mais elle n'était pas criminelle dans le sens de la loi pénale; il avait la volonté de tuer, mais il n'avait pas la pensée qu'il pût nuire en ôtant la vie à celui qui voulait mourir; son action est coupable, la conscience la réprouve, la société peut la punir, mais c'est avec une autre qualification que celle du meurtre ou de l'assassinat.

La cour de cassation fait abstraction de cet ordre de la victime; elle jette en quelque sorte un voile sur cette circonstance; elle proclame que la justice ne doit pas la reconnaître, soit parce que la loi ne l'a pas inscrite au nombre des excuses, soit parce qu'une telle convention est entachée d'immoralité. Est-ce que nous avons prétendu qu'elle dût être admise comme une excuse légale? est-ce que nous avons essayé de lui enlever son immoralité? Non, le consentement de la victime n'est point une excuse, mais elle est une circonstance du fait; il ne s'agit point de légitimer cet acte, comme le suppose la cour de cassation, mais il s'agit d'apprécier l'action telle qu'elle s'est produite, avec tous les accessoires qui peuvent en modifier la criminalité. Vous voulez effacer, pour ainsi dire, et réputer non écrite, comme vous le feriez d'une clause illégale, l'une des circonstances essentielles de cette action! Mais comment apprécier la moralité d'un fait, si vous le divisez? comment le juger, si vous refusez de prendre en considération l'un ou l'autre de ses éléments, ici l'action matérielle tout entière, là les causes qui l'ont provoquée? L'acte que vous jugerez ne sera plus qu'une fiction; vous aurez les apparences d'un crime, mais ces apparences seront mensongères. La convention de l'homicide est, dit-on, un fait immoral que la justice ne peut reconnaître! Mais, dans une accusation d'attentat à la pudeur, par exemple, est-ce que la preuve de la séduction, qui efface-

rait la violence, serait interdite à raison de son immoralité? Il faut se garder de confondre l'immoralité de l'acte et la volonté criminelle de l'agent; la justice ne peut faire abstraction d'un fait qui détruit la criminalité de celui-ci, parce que ce fait est immoral; la question n'est pas dans cette moralité, elle est tout entière dans le point de savoir s'il avait l'intention de commettre l'action que la loi qualifie d'assassinat.

1100. Les lois étrangères n'ont point ressenti cette singulière pudeur; elles ont formellement prévu l'homicide commis sur l'ordre de la victime, et elles en ont fait un crime distinct de l'homicide volontaire. Ainsi la loi prussienne, après avoir prononcé la peine de la roue contre l'assassinat, et celle de la décapitation contre le meurtre, ajoute cette disposition : « Quiconque donne la mort à une personne qui la demande ou l'aide à se suicider, encourt la reclusion dans un fort ou dans une maison correctionnelle pendant six jusqu'à dix années (art. 834). » L'article 196 du code du Brésil porte également la peine de deux à six ans d'emprisonnement contre toute personne qui *a aidé quelqu'un à se suicider, ou lui en a fourni les moyens avec connaissance de cause.* L'article 548 du code de la Louisiane a reproduit la même disposition : « Quiconque aidera dans l'acte de suicide, ou qui procurera les moyens de l'exécuter, connaissant le but auquel ils sont destinés, sera emprisonné et soumis à de rudes travaux; ladite peine ne pouvant être moins de trois ans, ni excéder six ans. » Le code pénal espagnol porte encore : « Art. 335. Celui qui aiderait un autre individu à se suicider sera puni de la peine de la prison majeure; s'il l'avait aidé jusqu'au point de le mettre lui-même à mort, il sera puni de la peine de la reclusion temporaire en son degré inférieur. » Enfin l'Angleterre, que le nombre et le mode de ses suicides disposait à une excessive sévérité, a voulu placer l'homicide commis avec le consentement de la victime sur la même ligne que l'homicide volontaire; mais il a fallu, pour créer cette incrimination, un statut spécial et distinct [1]. Les législations

[1] St. 1. tawk. c. 27, § 6, 1. Russel 424, 426, Blakstone, Comm. t. 4, p. 189. Stephen's Summary, p. 146.

étrangères ont donc tracé entre ces deux faits la ligne que la cour de cassation n'a pas voulu entrevoir ; cette distinction n'est donc point le résultat d'une fausse lueur de la conscience ; elle est dans la nature des choses, et il n'est pas permis de l'effacer sans la combattre.

1101. Peut-être faut-il chercher le véritable motif de l'interprétation de cette cour dans l'impuissance actuelle de la législation à réprimer une action immorale et dangereuse ; la peine qui s'applique à l'homicide commis par imprudence, la seule qui puisse s'étendre à l'homicide commis pour obéir à l'ordre de la victime, cette peine est insuffisante, et les tribunaux, dans le silence de la loi, ont cherché des garanties pour la société dans l'application d'une peine plus rigoureuse, en se fondant sur une analogie contestable. Mais faut-il rappeler sans cesse qu'en matière pénale l'interprétation doit strictement se renfermer dans les cas prévus par la loi ? S'il est douteux que son texte s'étende à une espèce nouvelle, le doute seul ne proclame-t-il pas une lacune que la loi seule peut remplir ? Et puis la menace d'une pénalité qui n'est point en harmonie avec la valeur morale du fait à punir est-elle donc une garantie sociale ? Le jury déclarera-t-il coupable d'assassinat l'accusé qui se présentera avec la déclaration de la victime qu'elle a voulu se suicider ? La justice n'a point d'intérêt à étendre les incriminations de la loi pénale ; elle n'a point intérêt à revêtir un fait d'une fausse qualification ; c'est ainsi qu'elle éveille les défiances du jury et qu'elle provoque le retour à ces principes si dangereux d'omnipotence. Dans le for de la conscience et dans le langage de la loi, le meurtre et l'assassinat, c'est l'homicide commis avec fraude, avec violence ; cette violence et cette fraude sont les éléments de la volonté criminelle, éléments indispensables du crime. Si ces circonstances ne sont pas constantes, l'homicide change de nature ; il peut constituer un autre crime, il ne constitue plus un homicide volontaire.

1102. Nous éprouvons toutefois le besoin, au terme de cette discussion, de faire une distinction pour le cas où le consentement de la victime serait arraché par la force ou la contrainte ; car ce ne serait plus un suicide, mais un assassinat déguisé sous ce nom. Telle

était l'espèce d'un arrêt du 2 juillet 1835, qui a décidé: « qu'aucun texte légal n'autorise à regarder des blessures portées du consentement du blessé comme échappant à l'action de la loi pénale[1]. » Il est évident, en effet, que dans ce cas les lois pénales reprennent leur empire ; l'assassin qui menace sa victime de tourments si elle ne consent pas à périr, et qui consomme ensuite son crime, n'en est pas moins, malgré ce consentement, un assassin. N'est-il donc pas un assassin celui qui poursuit sa victime en lui offrant une coupe empoisonnée, avec l'alternative de la boire ou de mourir par le fer? Ce n'est que lorsque le fait principal a le caractère évident d'un suicide, et lorsque le fait incriminé se réduit à des actes d'assistance dans son exécution, que la raison hésite à reconnaître dans ces actes le caractère du crime[2].

1103. La même restriction doit envelopper une action plus difficile à caractériser ; nous voulons parler d'un double suicide, lorsqu'il a été exécuté par un seul des deux agents. Il est d'abord évident, ainsi que l'a reconnu la cour de cassation, que le suicide ou la tentative de suicide de l'agent principal ne modifie nullement la nature de son action. Qu'importe, en effet, que le coupable, après avoir accompli son crime, tourne son bras contre lui-même? Comment cette tentative de suicide, même en la supposant sincère, pourrait-elle exercer quelque influence sur le caractère du crime qu'il a commis? Ce crime est consommé au moment où il attente à ses jours; son exécution est complète, son caractère est fixé, il ne peut recevoir aucune altération d'un acte postérieur. Il faut donc examiner la nature du premier fait, en le dégageant de l'influence du suicide de l'agent, et dès lors la question qui se présente est identiquement telle que nous venons de l'examiner. L'agent n'a-t-il donné la mort que sur l'ordre et du consentement de la victime? Cette action constitue-t-elle un assassinat, ou seulement un homicide sans fraude ni violence? Toutefois il importe peut-être, dans cette hypothèse, d'étudier avec plus

[1] Cass. 2 juill. 1835, Journ. crim. p. 825.
[2] Cass. 23 juin 1838, Bull. n° 177; Dev. 38. 1. 627.

de soin les causes de ce premier suicide; car il y a lieu de présumer que l'agent qui avait quelque intérêt à cet attentat, puisqu'il menaçait en même temps ses jours, a pu en provoquer l'accomplissement, et cette provocation, si elle est accompagnée de fraude et de violence, constituerait un crime que la tentative de suicide ne laverait pas.

En résumé, la loi n'a point prévu l'homicide commis sur l'ordre de la victime : soit qu'il se présente rarement, soit qu'il parût offrir peu de périls, cette action n'a point fixé les regards du législateur; les dispositions de la loi sont muettes à cet égard. Faut-il induire de ce silence une assimilation que la raison repousse et que rejettent et les motifs et l'esprit même de la loi? Nous ne l'avons pas pensé; l'homicide n'est point un assassinat, car il manque à cette action la condition essentielle du crime, la volonté criminelle, l'intention de nuire : l'agent a la volonté de tuer, mais sans fraude et sans violence; il prête une main aveugle à un désir insensé, mais il n'est coupable que de céder à ce désir; il tue, mais il n'assassine pas. Cet acte est-il punissable? Nous pensons qu'il doit l'être; car l'homme n'a jamais le droit d'attenter à la vie de l'homme, si ce n'est dans le cas de légitime défense ou de commandement de la loi; car l'ordre social est profondément troublé par ces attentats; car la société doit à l'homme lui-même de le protéger contre les égarements de sa propre volonté, lorsqu'elle en a le pouvoir. Mais cet homicide doit former un délit distinct et séparé, soit dans l'intérêt de la justice morale, qui veut une distribution des châtiments, soit dans l'intérêt de la répression elle-même, qui trahit les commandements de la loi lorsque la peine cesse d'être en rapport avec la gravité du crime. C'est donc une lacune que nous signalons dans la législation pénale, car l'article 319, dont nous avons plus haut provoqué l'application à notre hypothèse, ne serait évidemment qu'un frein impuissant pour le crime grave qu'il s'agit de punir.



§ VI.

De l'homicide volontaire commis dans un duel.

1104. Nous arrivons maintenant à la deuxième question que nous avons posée, question sociale et d'humanité, dont l'examen est devenu plus nécessaire pour la science depuis qu'elle s'est agrandie dans les luttes de la tribune et de la presse ; il s'agit de la répression du *duel*, ou du moins de la qualification de l'homicide et des blessures qui en sont le résultat.

Il est nécessaire de poser nettement la question que nous allons examiner, et de la dégager des circonstances accessoires qui peuvent en embarrasser la solution. Il ne s'agit pas d'incrimiuer le duel en lui-même, indépendamment de ses suites : la loi l'a déjà frappé et peut le saisir encore comme acte punissable ; mais nous n'avons point à faire la loi, et nulle disposition du code pénal ne punit la convention qui précède le combat et en règle le mode et les conditious. Il ne s'agit point également des actes de déloyauté et de perfidie qui peuvent se produire sous les apparences du duel. Si l'un des combattants s'est jeté sur son adversaire à l'improviste et quand il ne se défendait pas, si les conditions du combat ont été violées, si les garanties n'ont pas été récriproques et les chances égales, il n'y a plus de lutte, il n'y a plus de duel ; la convention n'est qu'un guet-apens, le combat qu'un assassinat, et la loi qui punit le meurtre et les blessures peut à juste titre être appliquée. La question consiste uniquement à savoir si l'homicide et les blessures, lorsqu'ils sont le résultat d'un duel loyalement accompli, sont compris dans les dispositions du code pénal qui punissent l'assassinat ou les blessures volontaires. Ainsi circonscrite, cette question est encore immense : car, pour constater l'esprit d'une législation qui est restée muette sur la qualification du duel, il est nécessaire de la prendre à son berceau, et de la suivre dans ses vicissitudes ; il faut ensuite apprécier les caractères de l'homicide commis dans un duel, et rapprocher cet

acte des crimes de meurtre et d'assassinat définis par la loi pénale; il faut enfin examiner si cette loi, telle qu'elle est faite, peut envelopper et saisir toutes les suites du duel, ou si la difficulté de les atteindre doit être considérée comme une preuve de son imprévoyance.

1105. Le duel a pris son origine dans le combat judiciaire, qui chez les peuples de la Germanie décidait du bon droit et remplaçait les autres preuves dans les procédures civiles et criminelles. Montesquieu cherche à établir que le but de cette institution avait été de prévenir les abus du serment [1]. Meyer en trouve, au contraire, l'origine dans l'usage, suivi chez les Barbares, de chercher un présage de la victoire dans un combat singulier entre deux hommes des nations belligérantes [2]. L'histoire constate chez tous les peuples qui sortirent de l'Allemagne cette loi du combat judiciaire pour révéler le crime ou l'innocence, le droit ou la mauvaise foi des parties; les Capitulaires en offrent de nombreux exemples; toutes les chroniques du temps en font mention [3]. C'était une espèce de jugement de Dieu : « La partie avait le choix ou de cette épreuve ou de l'épreuve du feu: *aut in campo, aut in cruce.* L'esprit chevaleresque et guerrier de la nation, le goût des combats qui gagnait de jour en jour, les tournois qui étaient le spectacle favori des monarques et où ils pouvaient déployer leur magnificence, servaient à donner au combat une préférence marquée sur toutes les autres espèces de jugements de Dieu [4]. » Il est nécessaire peut-être d'ajouter que la faculté de soutenir ses droits et son innocence par le combat judiciaire n'était point un privilége de la naissance : la différence des armes distinguait seule le rang des combattants.

1006. Louis VII fut le premier qui essaya de restreindre le combat judiciaire : il ne le permettait que lorsque la dette qui en faisait

[1] Esprit des Lois, l. 28, c. 18.

[2] Instit. Judic., t. 1, p. 337 et 340.

[3] Lex Longobardorum, lib. 2, tit. 55, cap. 34. *Voy.* le Traité de l'inst crim., t. 1, p. 332.

[4] Inst. judic. loc. cit.

l'objet excédait *cinq sous* [1]. Louis IX posa le principe de l'abolition des *batailles*, et voulut les remplacer par la preuve résultant des chartes et des écrits [2]; mais ses Etablissements n'avaient de force que dans ses domaines particuliers. Philippe le Bel se réserva d'autoriser le combat [3]. Mais, après lui, les gages de bataille et les guerres privées se réveillèrent avec plus de force. Au XVe siècle, l'objet de cette institution n'était plus le même; le combat n'était plus demandé pour démasquer un usurpateur ou secourir l'innocence, mais pour venger des injures ou des querelles privées : « Il n'y a plus, dit Pasquier, que le roi qui puisse décerner le combat, et encore entre gentilshommes, lesquels font profession expresse de l'honneur, car il n'est plus question de crimes, ainsi seulement de se garantir d'un démenti quand il est baillé [4]. » Henri II, après la fin tragique de la Châtaigneraye, abolit les combats autorisés; mais quand le roi eut renoncé à donner camp et jour, les duels se multiplièrent dans la nation. « A cette époque, suivant la remarque d'un savant magistrat, ce n'était pas seulement, comme aujourd'hui, un faux point d'honneur, un préjugé d'éducation qui animait les duellistes, c'était un esprit de révolte contre l'autorité des lois et du monarque. La noblesse se croyait opprimée, parce qu'elle n'était plus indépendante; elle revendiquait par droit de naissance la liberté de terminer ses différends les armes à la main [5].

Le duel, proscrit par le concile de Trente en 1563, fut, sur la réclamation des états généraux, mis au rang des crimes par l'ordonnance de Moulins de 1566. Cette nouvelle législation fut développée par Henri IV. Un arrêt de règlement du parlement de Paris, du 26 juin 1599, avait déclaré le duel crime de lèse-majesté, et portait

[1] Charte accordée en 1168 à la ville d'Orléans.

[2] Établiss. de St Louis, l. 1, art. 2 et 7, et l. 2, ch. 10 et 11.

[3] Ord. nov. 1296, janv. 1303, ord. de 1306. Chartes accordées à diverses villes qui permettent de se défendre par voies de droit et non par gages de bataille. Laurière, t. 12, p. 57, 363, 399.

[4] Recherches, liv. 4, chap. 1er.

[5] M. Portalis. Séance de la chambre des pairs du 14 fév. 1829.

contre les duellistes la peine de *confiscation de corps et de biens*, *comme transgresseurs des commandements de Dieu*, *rebelles au roi*, *infracteurs des ordonnances*, *violateurs de la justice*, *perturbateurs du repos et tranquillité publique*. L'édit d'avril 1602 confirma et étendit cette disposition : « Nous les avons déclarés et déclarons criminels de lèse-majesté, semblablement ceux qui appelleront pour un autre, ou qui seconderont, accompagneront ou assisteront lesdits appelés ; ordonnons qu'ils soient punis comme tels, selon la rigueur de nos ordonnances, sans que la peine de mort et la confiscation des biens puissent être modérées sous quelque prétexte que ce soit. » Mais, afin que les gentilshommes qui prétendraient avoir été offensés « ne pussent se plaindre qu'ils demeurassent intéressés en l honneur » pour avoir obéi à l'édit, le roi chargeait le connétable, les maréchaux de France et les gouverneurs de province de faire comparaître les parties devant eux, et « d'ordonner par jugement souverain, sur la réparation de l'injure, ce qu'en leurs loyautés et consciences ils jugeraient être raisonnable. » Ces dispositions trop rigoureuses ne produisirent aucun effet. L'édit de juin 1609 eut pour objet de les abolir et de les modifier. L'article 5 permit à la partie offensée de demander le combat dans des cas graves ; le roi statuait sur cette demande. Aux termes de l'article 13, celui qui, s'estimant offensé, *appellera pour soi même et n'aura demandé le combat*, est déchu du droit d'obtenir réparation ; ceux qui se battent en duel d'eux-mêmes encourent la peine de mort, si un homicide a été commis en duel, et cette peine frappe également les assistants ; enfin, « si les deux parties meurent en combat, leurs corps seront privés de sépulture, et le tiers de leurs biens en fonds affecté aux bonnes œuvres. » (Art. 14, 15 et 16.) Cet édit a servi de base à toute la législation subséquente sur cette matière.

1107. L'édit de Louis XIII d'août 1623 porta au plus haut degré la sévérité des peines. Le seul fait de l'appel en duel entraînait la peine de mort non-seulement contre les témoins, mais contre ceux qui avaient porté les billets, et même les laquais et domestiques. La rigueur de ces dispositions les rendait inapplicables, et la législation

du duel ne présentait qu'une alternative de sévérités excessives et d'amnisties. L'édit de février 1626 portait une abolition générale des crimes de duel; il tempérait en même temps les peines dans plusieurs cas. A la suite de cet édit, les ordonnances se succédèrent avec rapidité, reproduisant les mêmes dispositions avec itératives défenses de les enfreindre, et prouvant par leur nombre même la multiplicité des infractions.

Enfin furent publiés les deux célèbres édits de Louis XIV, de septembre 1651 et août 1679. L'histoire de la législation offre peu d'exemples de dispositions aussi fortement combinées. Toutes les précautions étaient prises non-seulement pour réprimer les duels, mais pour les prévenir. L'appel en duel et l'acceptation de cet appel étaient punis d'un emprisonnement de deux années, d'une amende égale à la moitié du revenu des biens de l'inculpé, et de la suspension de toutes ses charges pendant trois ans. En cas de récidive, ces peines s'élevaient à six ans d'emprisonnement et à l'amende de six années de revenus. Si l'appel était suivi d'un combat, encore bien que le combat n'eût produit ni homicide ni blessures, les peines étaient la mort et la confiscation des biens ; que si l'un des combattants ou tous les deux étaient tués, le procès criminel était fait contre leur mémoire, comme coupables de lèse-majesté divine et humaine, leurs corps étaient privés de sépulture, et leurs biens confisqués. « Et » quant au survivant qui aura tué, porte l'édit, outre la susdite con- » fiscation de tous ses biens, ou amende de la moitié de la valeur » d'iceux dans les pays où la confiscation n'a point lieu, il sera irré- » missiblement puni de mort. » Les assistants du duel étaient également punis de mort, *quand même il n'y aurait aucun de blessé ni de tué dans les combats;* ceux qui avaient porté les lettres de défi étaient punis du fouet et envoyé aux galères ; enfin les simples spectateurs étaient privés de leurs charges et frappés de la confiscation du quart de leurs biens. Enfin un édit de février 1723 vient confirmer, en y apportant cependant quelques modifications secondaires dans l'application de la pénalité, les édits de Louis XIV.

Telle est la législation qui vécut jusqu'en 1791 ; ses rigueurs

impuissantes ne deracinèrent pas le préjugé. Les duels ne cessèrent pas ; les condamnations étaient fréquentes, mais elles ne frappaient le plus souvent que les contumax qui bravaient les vaines fureurs de la loi, et des abolitions générales venaient presque périodiquement proclamer l'excès de la peine et le caractère secondaire et particulier du délit.

1108. Avant d'aller plus loin, il faut examiner un argument dont on s'est beaucoup servi dans cette discussion, et qui devait y exercer une grave influence. On a dit : l'ancienne législation sur les duels n'était qu'une législation de privilége ; elle ne s'appliquait qu'à la noblesse, elle n'avait pour but que la conservation de l'honneur et de la vie des gentilshommes, mais elle laissait sous l'empire du droit commun l'homicide et les blessures commis en duel, lorsque ces combats n'avaient lieu qu'entre roturiers. Cette législation n'était donc spéciale qu'à raison de la qualité des personnes, et non en raison du caractère du crime qui en faisait l'objet. Elle fut donc abrogée dès que la loi constitutionnelle eut déclaré qu'à l'avenir les mêmes délits seraient punis des mêmes peines, sans distinction de personnes. Ce raisonnement aurait une grande puissance en faveur de l'opinion qui veut que le duel soit compris dans les incriminations de la loi commune ; car on pourrait en tirer l'induction que, par le seul fait de l'abolition des priviléges, cet acte, cessant de former un délit spécial, s'est trouvé compris dans les dispositions de la loi générale.

Mais il n'est pas exact de dire que la législation des duels s'appliquât exclusivement à la noblesse ; il suffit, pour se convaincre de sa généralité, de jeter les yeux sur les édits et règlements. Nous lisons dans l'arrêt de règlement du 26 juin 1599 : « *La cour fait inhibitions et défenses à tous sujets du roi, de quelque qualité et condition qu'ils soient, prendre de leur autorité privée, par duels, la réparation des injures qu'ils prétendent avoir reçues.* » L'art. 1er de l'édit de 1609 porte également : « Nous enjoignons à tous nos sujets, *de quelque qualité et condition qu'ils soient*, de vivre à l'avenir en paix sans s'offenser, etc. » L'article 5 donne à *toute personne* qui s'estimera offensée le droit de recourir au roi et de demander le com-

bat; enfin, l'article 14, en prononçant des peines contre les duellistes, distingue s'ils sont nobles ou roturiers : dans le premier cas, *leurs enfants seront déclarés roturiers et taillables pour dix ans, et, s'ils étaient déjà taillables, seront déclarés indignes d'être jamais nobles, ni tenir aucune charge, dignité, ni office royal.* Nous retrouverions les mêmes formules dans les autres édits : les lettres patentes du 14 juillet 1617 annoncent qu'elles ont pour objet d'empêcher les querelles *entre les seigneurs, gentilshommes et autres;* plusieurs déclarations expriment qu'elles s'appliquent aux gentilshommes *et autres nos sujets qui font profession de porter les armes.* La plupart parlent des sujets du roi sans distinction. A la vérité, un certain nombre de ces actes ont pour principal objet la conservation de la noblesse; et la plupart des dispositions des édits s'appliquent spécialement, comme nous venons de le dire, aux *gentilshommes et tous les autres faisant profession des armes.* Mais ces expressions ne faisaient que constater un fait, c'est qu'à cette époque les duels n'éclataient que parmi les gens qui, par leur naissance ou leur profession, avaient le droit de porter les armes. La législation n'était donc pas restreinte à raison de la qualité des personnes, mais elle s'appliquait plus particulièrement aux personnes qui se rendaient habituellement coupables du crime qu'elle punissait; c'est à cette classe, en effet, qu'elle devait presque exclusivement s'adresser pour mettre un terme au désordre qu'elle voulait faire cesser.

L'ancienne législation du duel n'était donc point une conséquence du privilége de noblesse; si elle s'appliquait surtout aux gentilshommes, ce n'était point parce qu'ils étaient nobles, mais parce qu'ils étaient duellistes. Le caractère distinct de cette législation, c'était de former un code spécial pour un délit qu'elle séparait des autres délits. Reportons-nous un moment encore à ses dispositions. Le duel, même suivi d'homicide, n'était point classé parmi les meurtres, il constituait un crime de lèse-majesté; ce qui le caractérisait, ce n'était pas l'attentat envers la personne, c'était l'offense envers le souverain. « Notre autorité royale, porte le préambule des édits, est grandement offensée par de tels actes, se présumant un particulier

sans notre permission de donner camp pour le combat dans notre royaume et de se faire la justice lui-même. » Ainsi, l'usurpation de pouvoir, le trouble à l'ordre public, tels sont les caractères distinctifs du duel, tels sont les rapports sur lesquels la loi le punit; elle ne l'envisage point en vue des personnes qui le commettent ou qu'il atteint, mais en vue du délit lui-même et de sa nature; ce n'est pas tant l'homicide qu'elle punit que le duel lui-même. Ainsi la peine a trois degrés, pour l'appel, pour la convention, pour le combat : les suites plus ou moins funestes de ce combat n'ajoutent rien à la rigueur du châtiment. Enfin, la loi explore avec soin les sources du duel pour les tarir : elle institue des juges du point d'honneur pour apaiser les querelles, pour punir les injures, pour prononcer des réparations. Les maréchaux à Paris, les gouverneurs et les lieutenants généraux dans les provinces, étaient investis du droit de prononcer sur les blessures faites à l'honneur, et prévenaient quelquefois le duel en en effaçant la cause. Cette institution, d'ailleurs purement préventive, et qui ne s'appliquait qu'aux insultes et aux querelles, sources du duel, était la seule disposition qui fût spéciale aux gens de noblesse [1]. Ainsi la législation était complète; elle l'appréciait dans son caractère intrinsèque, elle en soumettait la répression à des règles particulières, mais les dispositions et les règles étaient toutes puisées dans la nature propre et les circonstances du fait; ce n'était point le crime d'une classe qu'elle punissait, c'était le crime considéré en lui-même. A la vérité, ce crime était le plus souvent commis par cette classe; mais si cette circonstance a pu influer sur le mode de la peine, elle n'a nullement modifié l'incrimination même du fait.

[1] On lit dans le réquisitoire de M. Dupin : « Elle (l'ancienne législation) était exceptionnelle en ce point qu'elle ne faisait pas juger les duellistes par les tribunaux ordinaires, mais bien par le tribunal des maréchaux. » La connétablie des maréchaux ne connaissait que des différends du point d'honneur avant toute tentative de duel. Le crime de duel ressortissait, dans tous les cas, des juges ordinaires et des cours de parlements. (Edits et ordonn. de 1626, articles 12 et 17; 1643, art. 31; 1651, art. 5 et 13; 1670, tit. 1, art. 11.)

1109. Arrivons maintenant à la législation nouvelle. Le code pénal du 25 septembre 1791 est muet sur le duel ; la législation spéciale, que son dernier article abrogeait implicitement, n'a point été remplacée ; toutefois l'attention de l'assemblée constituante avait été appelée sur ce sujet. En 1789, 79 bailliages du clergé avaient demandé le maintien des ordonnances sur le duel; 56 bailliages du tiers état demandaient également des lois sévères sur cette matière ; 98, au contraire, sollicitaient la suppression de ces lois, « en témoignant l'espoir que par l'heureux effet du progrès des lumières et d'une éducation vraiment nationale, « les peuples en viendraient eux-mêmes « à regarder comme un crime réel, et non comme un trait d'honneur, l'action de tuer son semblable. » La noblesse n'avait consigné dans ses cahiers l'expression d'aucun vœu à cet égard. Deux motions furent faites, deux projets furent présentés à l'assemblée, dont l'un par Lanjuinais, et furent rejetés. Comment faut-il interpréter ce rejet et ce silence?

[[Le projet de code pénal présenté par les comités contenait plusieurs articles sur le duel : ces articles ne furent pas soumis à la délibération ; à la suite d'une conférence tenue dans les comités, ils furent retranchés, parce qu'il parut que le caractère français rendait inutile, dangereuse et impraticable une loi sur cette matière. On fut d'avis d'attendre le remède, comme l'avaient pensé les cahiers du tiers état, du progrès des lumières et de la civilisation. Les articles du projet punissaient les duellistes de l'exposition publique et d'une détention pendant deux ans dans une maison d'aliénés; si l'un des combattants avait perdu la vie, la peine était de douze ans de cachot [1].]]

Nous n'hésiterons point à le dire : à nos yeux, cette omission est une grave présomption que le duel est resté en dehors des dispositions de la loi pénale. Il faut se rappeler, en effet, que cette loi s'édifiait en présence d'une législation spéciale qui avait régi cette

[1] Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789, t. 6, p. 416 à 418.

matière pendant deux siècles entiers; que pendant deux siècles le duel n'avait point été puni comme un homicide, mais comme un crime de lèse-majesté, un délit de trouble à l'ordre public, et que dans les siècles antérieurs, non-seulement il échappait à toute répression, mais il était autorisé et soutenu comme une institution par les lois elles-mêmes. Or, comment admettre qu'à cette époque et dans cette position le législateur ait conçu la pensée non-seulement de changer le mode d'incrimination, les conditions de répression et les peines du duel, mais encore d'opérer un tel changement d'une manière implicite et sans le déclarer expressément? Comment supposer un tel dessein en présence des actes qui viennent d'être rappelés et qui le réprouvent? Sans doute il pouvait ranger le duel dans la classe des homicides, sans doute il pouvait se borner à punir ses résultats et les soumettre aux peines communes; mais une telle modification, lorsqu'elle renverse une législation séculaire, des règles consacrées, des notions générales, doit être hautement proclamée : le législateur craint les incertitudes et les hésitations du juge, il les prévoit, il les dissipe à l'avance, il pose clairement les règles nouvelles qu'il substitue aux anciennes. Ici, rien de cela. Le législateur abolit la loi du duel, et puis il se tait. A la vérité, il punit l'homicide volontaire et l'assassinat; mais comment n'eût-il pas dit que l'homicide commis en duel serait compris dans cette catégorie? Comment n'eût-il pas prévu l'immense difficulté que cette interprétation ferait naître? Comment, lorsqu'il s'agissait d'incriminer pour la première fois le duel sous ce nouveau rapport, de lui imprimer ce nouveau caractère, ne l'eût-il pas déclaré? Nous le répétons : à cette époque et près de la législation spéciale, le silence du code nous fait présumer sa lacune.

1110. Telle était aussi l'impression que M. Merlin avait reçue dans les mêmes temps, et qu'il exprimait dans son *Répertoire :* « Le code pénal du 25 septembre 1791, dit-il, est muet sur le duel, et il résulte assez clairement de son silence que le duel ne doit plus être considéré comme un délit que les tribunaux puissent poursuivre[1]. »

[1] Rép. v° Duel.

Ce savant jurisconsulte ajoutait plus tard dans ses *Questions de droit :* « Qu'ont produit les sanglants édits de Louis XIV contre le duel? Ils ne l'ont pas réprimé, ils n'ont fait peut-être qu'en rendre l'usage plus fréquent ; ce sont ces considérations qui ont déterminé l'assemblée constituante, lorsqu'elle s'est occupée de la refonte des lois pénales, à ne pas comprendre le duel dans la liste des faits qualifiés crimes ou délits. Son silence sur cette matière équipollait à une prohibition expresse de punir les duellistes qui avaient loyalement observé dans le combat, quelle qu'en fût l'issue, les règles qu'ils s'étaient réciproquement imposées par leur convention préalable. »

M. Merlin cite à l'appui de son opinion deux actes du pouvoir législatif dont on a tiré depuis les inductions les plus opposées. Le premier est un décret de l'assemblée nationale du 17 septembre 1792. En voici le texte : « L'assemblée nationale, considérant que, depuis les premiers moments de la révolution, l'opposition momentanée des opinions a déterminé des citoyens à des provocations qu'ils n'eussent point faites s'ils eussent eu le temps de réfléchir et de ne consulter que leurs sentiments réels ; qu'il en est résulté des instructions criminelles qui ont enlevé à la société des hommes qui pouvaient lui être utiles et que l'indulgence nationale a droit d'y rappeler, décrète ce qui suit : Tous procès et jugements contre des citoyens, depuis le 14 juillet 1789, sous prétexte de provocation en duel, sont éteints et abolis. » Quelle conséquence faut-il tirer des termes de ce décret? Une distinction doit, en premier lieu, être faite. Cette abolition partielle remonte au 14 juillet 1789, et l'on se trouvait alors sous l'empire des anciens édits qui punissaient le duel ; par suite de ces édits, des procédures avaient pu être instruites et des jugements rendus contre les duellistes : l'assemblée nationale abolissait ces jugements, et l'on ne peut rien inférer de cet acte, en ce qui concerne cette période de temps, qui puisse servir à l'interprétation du code pénal de 1791. Mais le décret ne s'appliquait pas seulement aux procès et jugements intervenus sous le régime des édits, il embrassait toute la période écoulée depuis la promulgation du code pénal du 25 septembre 1791 jusqu'au 17 septembre 1792 : or les partisans de l'opinion qui considère le duel comme atteint par la loi tirent de là une

conséquence que les faits du duel étaient prévus et punis par le code, puisque des procès avaient été instruits et des jugements rendus sous son empire, et qu'il a fallu qu'une amnistie vînt les couvrir.

Mais on n'a pas remarqué qu'en supposant cette observation fondée, elle ne produirait point la conséquence qu'on en a déduite. Ces termes du décret, *sous prétexte de provocation en duel*, embrassent sans doute tous les procès qui puisaient leur cause dans un duel, mais ils comprennent dès lors, et même ils semblent plus spécialement désigner les simples provocations : or les partisans de l'opinion qui comprend le duel parmi les crimes communs ne s'en prennent qu'à ses résultats, et nullement à la *provocation* et même à la convention qui la précède ; ils ne prétendent même pas que cette provocation soit implicitement comprise dans les dispositions du code de 1791. Le décret n'apporte donc aucun appui à leur système ; il prouverait trop pour que cette preuve fût solide, car il faudrait en conclure, puisqu'il ne distingue pas, que les provocations mêmes étaient punissables sous l'empire du code. Il nous semble que, pour apprécier cette mesure, il faut se reporter au temps où elle fut rendue. A cette époque où les lois anciennes s'écroulaient peu à peu sous les coups répétés du législateur, où à côté des juridictions supprimées d'autres juridictions, à peine installées encore, n'exerçaient qu'avec embarras des fonctions mal comprises, et n'appliquaient qu'avec crainte une législation confuse dont les principes opposés se heurtaient et luttaient encore les uns contre les autres, faut-il s'étonner, quand aujourd'hui encore les lois les plus simples sont quelquefois si étrangement interprétées, que, dans ce temps de confusion et d'anarchie législative, les tribunaux inexpérimentés aient continué d'appliquer des lois qui n'avaient été qu'implicitement abolies, et de poursuivre, même depuis le nouveau code, des faits qui avaient été si longtemps poursuivis ? C'est pour mettre un terme à ces poursuites illégales, c'est pour abolir ces jugements erronés, passés peut-être en force de chose jugée, que le décret fut nécessaire. Ce décret ne suppose et ne met en lumière qu'un seul fait, c'est le désordre judiciaire de cette époque ; il ne prononce l'existence ni l'abrogation

d'aucune loi, la législation avait prononcé à cet égard ; s'il s'appuie uniquement sur un motif d'indulgence, quoique ce motif ne pût réellement s'appliquer qu'aux poursuites exercées sous l'empire des édits, c'est-à-dire jusqu'au 6 octobre 1791, c'est qu'il ne convenait pas à la politique de l'assemblée d'en exprimer un autre, et de proclamer, en rappelant les citoyens à la concorde, que les duels étaient couverts d'une impunité légale.

1111. Le deuxième acte législatif qui est intervenu sur cette matière est le décret du 29 messidor an II ; il est indispensable d'en reproduire le texte : « La convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de législation sur le jugement du référé du tribunal criminel du département de Seine-et-Oise, présentant la question : Si les dispositions de l'article 11 de la section 4 du code pénal militaire doivent s'appliquer à la provocation en duel par le militaire inférieur envers son supérieur, hors le cas de service ; considérant que l'application de la loi doit être restreinte au cas qu'elle a prévu, et que l'article précité ne contient ni sens ni expression qui s'applique à la provocation en duel, décrète qu'il n'y a lieu à délibérer ; — renvoie à la *commission* du recensement et *de la rédaction complète des lois*, pour examiner et proposer les moyens *d'empêcher les duels*, et la peine à infliger à ceux qui *s'en rendraient coupables* ou les *provoqueraient*. Le présent décret ne sera point imprimé, il en sera adressé une copie manuscrite au tribunal criminel de Seine-et-Oise. »

Il résulte évidemment de ce décret qu'à l'époque où il fut rendu il n'existait aucune disposition législative sur les duels. On a contesté cette conséquence : ce décret ne décide, a-t-on dit, qu'une question de discipline militaire ; il ne s'agissait que de maintenir la subordination, que d'empêcher les provocations de l'inférieur au supérieur, que d'interpréter l'article 11, section 4 du code pénal militaire du 12 mai 1793 ; la loi générale est entièrement désintéressée dans cette circonstance. Cette objection ne nous paraît nullement fondée. Sans doute le référé ne présentait qu'une question de discipline militaire, quoiqu'il fût élevé par un tribunal ordinaire ; mais cette question

rappelait l'attention du législateur sur la législation du duel en général, et il n'était point circonscrit, comme l'eût été le juge, dans les limites de l'affaire qui lui était soumise. Le décret avait donc deux objets différents, et il renferme deux dispositions distinctes. La première est relative au référé ; elle déclare que le code pénal militaire ne s'appliquait pas à la provocation au duel : la deuxième a pour objet la répression du duel en général ; elle ordonne le renvoi à la commission des lois pour examiner et proposer les moyens, non-seulement de mettre un terme aux provocations d'inférieur à supérieur et d'empêcher les duels militaires, mais de faire cesser tous les duels sans distinction, et pour établir des pénalités contre ceux qui s'en rendraient coupables ou les provoqueraient, sans discerner entre les militaires et les non-militaires. Or n'était-ce pas là proclamer la lacune de la loi, l'absence de tout moyen de répression? Si les duels ou leurs résultats eussent été compris dans les dispositions du code de 1791, la convention eût-elle imposé à la commission des lois la mission de lui proposer un projet pour les empêcher et les punir? Et puis la loi militaire elle-même prescrivait aux juges militaires d'appliquer les peines portées dans la loi commune à tous les cas que la loi spéciale n'aurait pas prévus. Si le code pénal de 1791 eût compris les résultats des duels dans ses dispositions, la loi militaire n'aurait donc point eu de lacune, ou du moins cette lacune se fût bornée à la provocation. Il est donc impossible de ne pas voir, dans le décret que nous venons de rapporter, la preuve la plus évidente du silence du code de 1791.

La commission des lois ne donna aucune suite au renvoi, et depuis ce moment le législateur ne s'est plus occupé du duel. Le code du 3 brumaire an IV, la loi du 25 frimaire an VIII, et les autres lois criminelles qui se sont succédé, n'en firent aucune mention; il est également constant qu'aucune poursuite ne fut exercée, qu'aucun jugement ne fut prononcé à raison d'homicide ou de blessures commis en duel.

1112. C'est dans ces circonstances que le code pénal de 1810 fut préparé, écrit et promulgué; comme les codes qui l'ont précédé, il

garde un silence absolu sur la répression du duel, et toutefois la question relative à l'application de la loi de 1791 avait été deux fois soulevée; elle sollicitait une solution, car elle déclarait un doute et une lacune. La loi reste muette : les discussions du conseil d'Etat éclairent successivement toutes les dispositions du code; elles fixent le sens et la portée de chacune d'elles; et le nom même du duel n'y est pas prononcé. Les motifs du code sont expliqués par les orateurs du gouvernement, et ils n'en font aucune mention; une voix, une seule voix s'élève au milieu de ce silence, pour interpréter les dispositions de la loi qui punissent l'homicide et les blessures volontaires, pour déclarer que les blessures ou l'homicide commis en duel s'y trouvent implicitement compris. Voici le texte de cette interprétation solitaire telle que M. Mouseignat l'a donnée : « Vous demandez peut-être pourquoi les auteurs du projet de la loi n'ont pas désigné particulièrement un attentat aux personnes, trop malheureusement connu sous le nom de duel; c'est qu'il se trouve compris dans les dispositions générales qui vous sont soumises. Le projet n'a pas dû particulariser une espèce dans un genre dont il donne les caractères. Si la mort est le résultat de la défense à une irruption inopinée, à une provocation soudaine et à main armée, elle peut, suivant les circonstances et la vivacité de l'agression, être classée parmi les crimes légitimes et excusables. Si le duel a suivi immédiatement des menaces, des jactances, des injures, si les combattants ont pu être entraînés par l'emportement de la passion, s'ils ont agi dans l'ébullition de la colère, ils seront classés parmi les meurtriers; mais si les coupables ont médité, projeté, arrêté à l'avance cet étrange combat, si la raison a pu se faire entendre et s'ils ont méconnu sa voix, et, au mépris de l'autorité, cherché dans une arme homicide la punition qu'ils ne doivent attendre que du glaive de la loi, ils seront des assassins. En vain voudrait-on invoquer une convention entre les duellistes et la réciprocité des chances qu'ils ont voulu courir dans une action qui le plus souvent n'offre de la volonté que les apparences; et comment d'ailleurs chercher un usage légitime de sa liberté dans l'horrible alternative de se faire égorger ou de donner la mort? Sans

doute une fausse opinion couvre et protége les coupables ; elle les égare et les excite par une méprise d'idées sur la bravoure, l'honneur et la vengeance ; et cette fausse opinion parvient peut-être à leur persuader qu'il est ignoble d'attendre de la marche grave et lente de la justice la réparation d'un outrage, et qu'on ne doit porter aux tribunaux que les contestations qui prennent leur source dans les intérêts pécuniaires. La loi ne saurait transiger avec un aussi absurde préjugé. »

Telles furent les paroles du rapporteur de la commission du corps législatif; elles forment le seul document qui ait pu faire naître le doute dans quelques esprits, et jeter des nuages sur le sens de la loi. Nous sommes loin d'en contester l'autorité : habitués que nous sommes à recueillir avec soin parmi les rapports et les discussions des lois tout ce qui peut en éclaircir le texte, nous ne rejetterons point légèrement une opinion solennellement émise en présence d'un pouvoir de l'État et avec l'assentiment d'une commission ; mais, quel que soit notre respect pour ces paroles, nous ne saurions les faire prévaloir sur les textes de la loi, si ces textes sont contraires. C'est là qu'est toute la question, et cette question, nous la discuterons tout à l'heure. Il importe seulement de remarquer ici que l'opinion émise par M. Monseignat n'excita aucune approbation, aucun dissentiment, qu'elle passa inaperçue et sans qu'on parût y prendre garde, et qu'elle demeura isolée et stérile en face d'une loi muette sur ce point, et à laquelle elle prêtait un sens que les discussions du conseil d'État et les exposés des motifs des orateurs du gouvernement ne lui avaient pas donné. Il faut se rappeler ensuite que le rapporteur ne pouvait avoir plus d'autorité que la commission dont émanaient ses pouvoirs et qu'il représentait ; que cette commission, prise dans le sein du corps législatif, n'avait elle-même d'autre puissance que celle qui investissait ce corps dont elle était la *vive voix ;* enfin, que le corps législatif n'était que l'une des branches qui concouraient à la formation de la loi. Ainsi tout ce qu'on pourrait induire de ce discours, c'est que l'un des pouvoirs auxquels était déféré le vote de la loi a pu penser que cette loi devait s'appliquer à

l'homicide et aux blessures commis dans un duel ; et cette induction même serait trop large, puisque si la commission du corps législatif pouvait discuter les projets de la loi, ce corps lui-même n'était appelé qu'à les voter silencieusement sans en approuver les motifs.

1115. M. Merlin a assigné avec beaucoup de netteté l'importance qu'on doit accorder à l'opinion des membres de la commission : « Tout ce qu'on peut conclure du rapport, a dit ce savant magistrat, c'est que la commission dont M. Monseignat était l'organe pensait comme lui ; mais de ce qu'ils ont cru trouver dans la loi des dispositions qu'elle ne renferme pas, il ne s'ensuit nullement qu'ils aient, par leur opinion officiellement manifestée, rempli les lacunes que la loi offre réellement. Il y a eu, après la présentation du projet du code pénal au corps législatif, plusieurs conférences entre le comité de législation du conseil d'État et la commission du corps législatif, et je puis assurer, pour avoir assisté à toutes, qu'il n'a été question du duel dans aucune. Ce que la commission du corps législatif a dit du duel, elle l'a donc dit d'elle-même ; et ce qu'elle en a dit est précisément le contraire de ce qui avait été arrêté verbalement entre les membres du comité de législation du conseil d'État ; car ils avaient bien comme elle pensé au duel, mais en y pensant, ils avaient cru devoir imiter à cet égard le silence de l'assemblée constituante[1]. » Nous recueillons avec empressement ce témoignage du grand magistrat qui fut l'un des rédacteurs les plus actifs du code pénal. Lorsqu'il affirme, lui qui prit part à toutes les délibérations du conseil d'État, que l'intention du législateur avait été de rejeter des dispositions de ce code, et le duel et ses résultats, cette parole ne doit-elle

[1] V. *Quest. de droit*, v° Duel. M. le procureur général Dupin a cité devant la cour de cassation quelques passages d'une lettre que M. Merlin lui avait adressée pour lui faire connaître que son opinion s'était modifiée à la lecture de son réquisitoire. Cette exquise politesse de l'illustre vieillard envers son éloquent successeur ne nous semble diminuer sous aucun rapport le poids de son témoignage. Ce n'est pas une opinion seulement que M. Merlin a émise dans ses *Questions de droit*, ce sont des faits qu'il a racontés. Le prix de ses renseignements est toujours le même.

pas balancer celle de M. Monseignat? N'était-il pas, mieux encore que ce dernier, à même de connaître les vraies intentions du législateur et son véritable esprit? et son opinion ne doit-elle pas s'empreindre de l'autorité qui s'attache à son nom?

1114. Mais il est nécessaire d'entrer plus avant dans le mécanisme de la formation de la loi à cette époque. Sous la constitution du 22 frimaire an VIII, les projets de la loi n'arrivaient au corps législatif qu'après avoir été présentés au tribunat, qui les discutait, en votait l'adoption ou le rejet, et envoyait trois orateurs pris dans son sein pour soutenir ses opinions devant le corps législatif. Le tribunat fut supprimé par le sénatus-consulte du 19 août 1807, et le corps législatif reçut une nouvelle institution : trois commissions de législation, d'administration et de finances, composées de ses membres, examinaient les projets élaborés par le conseil d'État; en cas de discordance, la commission se réunissait avec la section du conseil d'Etat qui avait rédigé le projet, pour procéder à un nouvel examen; en cas d'adoption, le président de la commission était entendu devant le corps législatif, après que l'orateur du conseil d'État avait exposé les motifs de la loi. Il paraît même résulter des procès-verbaux du conseil d'Etat, que les dispositions du sénatus-consulte du 19 août 1807 s'étaient modifiées dans la pratique. La commission de législation rédigeait ses observations sur le projet qui lui était communiqué; ces observations, examinées d'abord par la section du conseil d'État dont le projet émanait, étaient soumises ensuite aux sections réunies du conseil, et la rédaction définitivement adoptée était portée au corps législatif par l'un des membres du conseil d'État; le projet était encore communiqué à la commission, et le vote du corps législatif suivait le rapport qui était fait au nom de cette commission. Tel est du moins le cercle que suivent invariablement les discussions du code pénal.

Ces détails sont très-importants ici, car on peut y puiser la valeur qui doit accompagner les paroles de M. Monseignat. Le chapitre 1er du titre 2 du code pénal fut discuté pour la première fois par le conseil d'État dans sa séance du 8 novembre 1808; une deuxième ré-

daction fut préparée et mise de nouveau en discussion le 26 août 1809 : les procès-verbaux font foi que dans l'une et l'autre de ces séances, où tous les cas d'homicide furent examinés, il ne fut pas prononcé un seul mot sur le duel. Le projet, ayant été adopté, fut communiqué à la commission de législation du corps législatif; cette commission employa ses séances des 29 décembre 1809 et 2 janvier 1810 à l'examiner; elle formula ses nombreuses observations. Plusieurs lacunes importantes y sont signalées : elle propose de fixer l'instant où la tentative d'empoisonnement deviendrait punissable, d'édicter une peine spéciale pour l'attaque à dessein de tuer qu'aucun résultat n'a suivie, etc.; elle garde un silence complet sur le duel. La section de législation du conseil d'État contesta plusieurs de ces propositions; le conseil se réunit le 18 janvier 1810 pour les examiner et pour fixer la rédaction définitive du projet. Ce projet fut alors porté au corps législatif par le conseiller d'État M. Faure, qui, dans la séance du 7 février 1810, fit l'exposé des motifs; on sait que cet exposé officiel ne fait aucune mention du duel. Enfin, le 17 février suivant, M. Monseignat fit un rapport au nom de la commission législative : « Je viens, disait-il, vous rendre compte des motifs qui ont déterminé votre commission de législation à émettre son vœu en faveur du 5e projet de loi qui traite des crimes et délits contre les personnes. » Le vote du corps législatif suivit ce rapport.

Ne semble-t-il pas suivre de cette marche de la discussion, que la commission législative était investie de deux fonctions distinctes ? Appelée d'abord à concourir à la rédaction de la loi, elle suppléait dans ce travail le tribunat, elle remplissait l'une de ses attributions ; mais lorsque ces observations avaient été discutées par le conseil d'Etat et que le projet avait été officiellement présenté au corps législatif, ses attributions changeaient de nature, elle n'était plus que l'expression de ce corps, chargée d'examiner en son nom le projet et d'énoncer dans un rapport un vote d'adoption ou de rejet. Cette distinction explique la différence qui sépare l'exposé des motifs de l'orateur du gouvernement et le rapport de la commission. Le premier exprime les véritables motifs de la loi, la pensée du législateur, l'esprit qui

l'a animé : cet exposé complète pour ainsi dire la loi elle-même en l'expliquant ; il est le résumé de toutes les discussions qui l'ont préparée, le développement des principes qui la dominent : l'autre, au contraire, n'expose que le résultat de l'examen de la commission ; il n'a d'autre mission que de faire valoir les raisons qui déterminent ses conclusions ; ses éléments sont puisés dans l'opinion de la commission, et non dans la loi elle-même ; la commission peut se tromper dans ses motifs, alors même qu'elle conclut à l'adoption ; son erreur ne vicie point sa conclusion. Il résulte de cette observation, que le rapport de M. Monseignat ne doit point être considéré comme un exposé des motifs, mais seulement comme l'expression des raisons qui portaient la commission à l'adoption du projet. L'opinion qu'il a émise sur le duel peut appartenir à la commission, mais elle n'appartient point aux rédacteurs du code, à ceux qui pouvaient en expliquer le sens et la pensée ; elle ne doit donc commander qu'une autorité fort secondaire. Nous serions même disposés à ne considérer les paroles de M. Monseignat que comme l'expression d'une opinion individuelle, lorsque nous remarquons que les observations rédigées par la commission même dont il se présentait comme l'organe, n'offrent aucune trace de cette opinion, et qu'elles avaient toutefois pour but de signaler les lacunes et les obscurités du code pénal en ce qui concerne les crimes contre les personnes.

On a attaché quelque importance à l'absence de toute protestation de la part des orateurs du gouvernement. Comment auraient-ils protesté, puisque le vote de cette partie du code suivit immédiatement le rapport ? et puis quel eût été l'intérêt d'une telle protestation? L'opinion du rapporteur avait-elle assez de poids pour qu'il fût nécessaire de la combattre? Et qu'importait au gouvernement impérial qu'il s'élevât quelques doutes sur le sens de la loi pénale, lorsque ces doutes n'avaient pas pour objet d'en restreindre la portée? L'interprétation proposée n'était point dans la pensée de la loi ; mais, quand la discussion la fit surgir, le gouvernement ne dut point s'en préoccuper, parce qu'elle ne lui apportait aucun péril, et surtout parce que le texte de la loi ne lui parut autoriser aucun doute sérieux.

1115. Il importe de constater maintenant que cette interprétation du code, adoptée dès son origine, a été considérée pendant 27 ans comme consacrant son véritable esprit. Aucune action judiciaire ne fut intentée, sous l'empire, pour cause de duel ; la réaction morale qui suivit la restauration fit naître pour la première fois la pensée de l'incriminer ; des poursuites eurent lieu, et plusieurs cours royales admirent que l'homicide, les coups et les blessures qui avaient été la suite d'un duel, n'étaient point affranchis de l'application de la loi pénale. Mais, provoqués par ces décisions qu'ils annulèrent successivement, onze arrêts de la chambre criminelle et des chambres réunies de la cour de cassation établirent comme un invariable principe que la loi pénale, étant muette sur le duel, ne pouvait être appliquée à l'homicide et aux blessures qui en sont le résultat[1]. La jurisprudence n'éprouva plus aucune fluctuation, et l'interprétation de la loi fut fixée.

Cette interprétation fut adoptée par les chambres législatives et par le gouvernement ; elle passa pour ainsi dire en loi : ainsi, dès le 31 janvier 1818, la cour des pairs rejetait la plainte formée contre un pair par la dame de Saint-Morys, en se fondant sur ce que le duel ne constituait ni crime ni délit. En 1819, la chambre des députés accueillait une proposition de M. Clausel de Coussergues,

[1] Cass. 8 avr. 1819, Bull. n° 42; 21 mai 1819, Bull. n° 61; 14 juin 1821, Bull. n° 94; 22 sept. 1821, Bull. n° 170; 19 sept. 1822, Bull. n° 128 ; 4 déc. 1824, Bull. n° 179; 11 mai 1827, Bull. n° 114; 29 juin 1827, Bull. n° 161 ; 8 août 1828, Bull. n° 135. M. Brillat-Savarin nous apprend que le premier de ces arrêts avait été précédé d'une sorte de consultation à laquelle tous les membres de la cour avaient été appelés : « Cette question, dit-il dans la préface de son *Essai sur le duel*, a donné lieu à une délibération intérieure et confidentielle des sections de la cour de cassation, et la matière y a été traitée avec cette profondeur qu'on doit attendre d'une réunion nombreuse de magistrats d'une expérience consommée. La réponse a été négative (que le duel sans déloyauté ne constituait aucun délit) à la presque unanimité, et la section criminelle, que cette décision ne liait point, s'y est cependant conformée dans son arrêt du 8 avril. » *Essai sur le duel*, avertissement, p. VIII.

qui demandait que le roi fût supplié de présenter une loi qui suppléât à la lacune de la législation. La cour de cassation, par son arrêt du 8 août 1828, avait ordonné qu'il en serait référé au roi pour être procédé à l'interprétation de la loi, et deux projets présentés par le garde des sceaux à la chambre des pairs, l'un le 14 février 1829, l'autre le 11 mars 1830, eurent pour but de suppléer au silence du code par des dispositions spéciales. Ces deux projets, pour arriver à la répression du duel, formulaient des exceptions au droit commun, soit en ce qui concerne la juridiction, soit la procédure, soit les pénalités. « L'intention du projet, disait le ministre à la séance du 14 février 1829, est manifeste : il compatit à la faiblesse humaine, il fait la part des préjugés d'éducation, il tend une main secourable aux victimes d'un faux point d'honneur, il leur tient compte du malheur et de la délicatesse de leur position [1]. » En conséquence, la peine, même pour homicide consommé en duel, n'était qu'un emprisonnement; la juridiction, même quand le duel n'avait produit qu'une blessure légère, était le jury; enfin, les formes de l'instruction, abrégées dans leur délai, permettaient dans tous les cas la liberté provisoire. Ainsi ces deux propositions, qui n'eurent pas de suite, vinrent successivement proclamer, au nom du gouvernement, et la lacune du code, et la nécessité d'une législation spéciale pour un délit distinct des délits communs.

1116. C'est en présence de cette insuffisance de la loi, si hautement déclarée et par les chambres législatives et par le gouvernement; c'est en présence d'une jurisprudence qui avait cessé d'incriminer les blessures et l'homicide commis en duel depuis plus de 40 années, que la réforme du code pénal s'est opérée en 1832. L'attention du législateur s'est particulièrement portée sur l'homicide; les articles 304 et 310 ont été remaniés et adoucis : aucune voix ne s'est élevée pour provoquer l'examen de cette grave question du duel; comment expliquer ce silence? Serait-ce que, dans la pensée des réformateurs, les articles 295, 296 et 302, qui punissent l'assassinat, dussent

[1] Exposé des principes de M. Portalis, garde des sceaux.

s'appliquer naturellement au duel? Cette supposition est impossible; car, si cette interprétation, environnée de doutes et d'incertitudes, effacée alors par la jurisprudence, eût été rétablie, la loi eût fait plus; et ce n'est pas au moment où les incriminations étaient plus nettement définies, les faits soumis à de saines distinctions, leurs circonstances appréciées, les peines atténuées, que les résultats du duel eussent été confondus avec le meurtre et l'assassinat, et frappés des mêmes peines. Non; si le législateur a gardé ce silence, c'est que, dans son opinion, aucune disposition du code ne s'appliquait au duel; c'est que le duel, fait essentiellement distinct, appelait une législation spéciale qu'il fallait édifier à part. Et en effet, au moment même où la loi du 28 avril 1832 était soumise aux discussions législatives, le conseil d'État était saisi d'un nouveau projet, destiné une troisième fois à répondre au référé de la cour de cassation; et nous lisons dans le rapport du conseil d'État, chargé d'examiner le projet, ces lignes remarquables : « Lorsque l'existence des circonstances atténuantes aura été constatée, et elle le sera toujours dans un duel dégagé de toute déloyauté, il convient d'admettre une pénalité spéciale comme le délit, et de faire entrer dans le calcul de la répression, pour la rendre plus humaine, toutes les considérations qui se rattachent à cette matière, la puissance souvent invincible d'un préjugé sanctionné par les mœurs, les provocations qui produisent ordinairement le duel, et la nécessité d'assurer l'exécution de la loi, en évitant une sévérité qui troublerait la conscience des juges et retiendrait suspendu dans leurs mains le glaive de la justice. La loi modificative du code pénal, dans le cas où les circonstances atténuantes ont été constatées, ordonne que les peines seront modifiées d'un ou de deux degrés; cette atténuation nous paraît insuffisante [1]. »

1117. Tel était l'état de la législation, telle était la jurisprudence, tels étaient enfin les termes de la question, lorsqu'après de longues années cette question s'est représentée devant la cour de cassation. M. le procureur général Dupin, dans un éloquent réquisitoire, s'est

[1] Rapport au conseil d'État sur des projets de loi d'interprétation, 1832.

efforcé de faire prévaloir l'opinion qui veut soumettre aux dispositions du code l'homicide et les blessures commis en duel ; et deux arrêts, dont l'un émane des chambres réunies, embrassant ce nouveau système, ont répudié une jurisprudence qui datait de 1789, et commencé une ère nouvelle dans l'interprétation de la loi pénale [1]. L'importance de ces arrêts et la révolution qu'ils ont faite dans la jurisprudence nous imposent l'obligation de nous arrêter quelque temps sur leurs motifs.

Une réflexion nous frappe d'abord : n'y a-t-il pas quelque chose d'étrange dans cette brusque variation d'une cour qui avait persévéré pendant 27 ans, c'est-à-dire depuis la promulgation même de la loi, dans l'interprétation qu'elle rejette tout à coup ? Peut-on admettre qu'une action, qu'hier encore elle déclarait complétement innocente, prenne soudain, par la seule force d'un arrêt, le caractère d'un délit ou d'un crime ? Le duel avait cessé depuis un demi-siècle d'être considéré comme un fait punissable ; la loi le couvrait de son silence comme d'un voile ; il se produisait à découvert, et la justice restait immobile ; elle réprimait d'indiscrètes poursuites et déployait son autorité pour le protéger ; et voilà subitement que le duel devient un crime, et que des peines terribles le menacent. La législation a-t-elle donc changé ? des peines nouvelles ont-elles été décrétées ? Nullement ; la cour de cassation seule a changé d'opinion. Mais ne semble-t-il pas que le législateur eût pu seul modifier une règle passée en quelque sorte en loi par la longue autorité qui lui avait été assurée ? Est-ce trop de toute l'autorité de la loi pour faire passer tout à coup une action grave et commune de la sphère d'innocuité à celle de l'incrimination ? La conscience publique, qui fait la part des mœurs et des habitudes, n'avait-elle pas besoin d'être éclairée par une discussion solennelle, consultée, si nous osons le dire, par le pouvoir social ? Il n'en est pas de l'incrimination d'une action comme d'une question de droit, qui peut subir sans dommage vingt solutions diverses ; la

[1] Cass. 22 juin 1837 et 15 déc. 1837, Bull. nos 184 et 430.

conscience ne se soumet pas à ces virements de jurisprudence qui proclament la même action tantôt innocente et tantôt coupable : quand les mœurs, qui sont aussi des lois, ne lui reconnaissent plus le caractère d'un crime, ce n'est plus assez de l'autorité d'un arrêt pour l'incriminer et le punir, il faut la puissance de la loi.

Il est indispensable, pour les examiner de plus près, de rapporter les termes d'ailleurs identiques des deux arrêts de la cour de cassation. Les motifs sur lesquels ils se fondent sont : « que les dispositions des articles 295 et 296 C. P. sont absolues et ne comportent aucune exception ; que les prévenus des crimes prévus par ces articles doivent être dans tous les cas poursuivis ; que si, dans les cas prévus par les articles 327, 328 et 329 du même code, les chambres du conseil et les chambres d'accusation peuvent déclarer que l'homicide, les blessures et les coups ne constituent ni crime ni délit, parce qu'ils étaient autorisés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui, on ne saurait admettre que l'homicide commis, les blessures faites, et les coups portés dans un combat singulier, résultat funeste d'un concert préalable entre deux individus, aient été autorisés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même, puisque dans ce cas le danger a été entièrement volontaire, la défense sans nécessité, et que le danger pouvait être évité sans combat ; que si aucune disposition législative n'incrimine le duel proprement dit et les circonstances qui préparent ou accompagnent cet acte homicide, aucune disposition de loi ne range ces circonstances au nombre de celles qui rendent excusables le meurtre, les blessures et les coups ; que c'est une maxime inviolable de notre droit public que nul ne peut se faire justice à soi-même, que la justice est la dette de la société tout entière, et que toute justice émane du roi, au nom duquel cette dette est payée ; que c'est une maxime non moins sacrée de notre droit public que toute convention contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public est nulle de plein droit ; que ce qui est nul ne saurait produire d'effet, et ne saurait, à plus forte raison, paralyser le cours de la justice, suspendre l'attention de la vindicte publique, et suppléer au silence de la loi pour

excuser une action qualifiée crime par elle et condamnée par la morale et le droit naturel ; qu'une convention par laquelle deux hommes prétendent transformer de leur autorité privée un crime qualifié en action indifférente ou licite, se remettre d'avance la peine portée par la loi contre le crime, s'attribuer le droit de disposer mutuellement de leur vie, et usurper ainsi doublement les droits de la société, rentre évidemment dans la classe des conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; que si néanmoins, malgré le silence de la loi et le vice radical d'une telle convention, on pouvait l'assimiler à un fait d'excuse légale, elle ne saurait être appréciée qu'en cour d'assises, puisque les faits d'excuse, admis comme tels par la loi, ne doivent point être pris en considération par les chambres du conseil, et ne peuvent être déclarés que par le jury ; qu'il suit de là que toutes les fois qu'un meurtre a été commis, que des blessures ont été faites ou des coups portés, il n'y a pas lieu, par les juges appelés à prononcer sur la prévention ou l'accusation, au cas où ce meurtre, ces blessures ou ces coups ont eu lieu dans un combat singulier dont les conditions ont été convenues entre l'auteur du fait et sa victime, de s'arrêter à cette convention prétendue... »

1118. Nous ferons remarquer, en premier lieu, et cette observation répond déjà à une partie de ces considérations, que nous sommes loin de méconnaître l'immoralité du duel. Le duel est la violation de cette loi sainte gravée dans tous les cœurs : Vous ne serez point homicide. Non-seulement la morale le réprouve, mais l'ordre social s'en alarme avec raison ; il substitue, comme le rappelle l'arrêt, la justice individuelle à la justice sociale ; en vengeant une injure, il porte la perturbation dans la société, et, par l'injustice de ses vengeances, le trouble dans les consciences. C'est un acte de rébellion contre l'ordre établi par les lois ; c'est un délit contre la paix publique. Le pouvoir social, en l'appréciant avec toutes les circonstances qui le classent à part, a le droit dans certains cas de l'incriminer et le punir. Sous ce point de vue, l'arrêt qui précède est un hommage rendu à la morale publique, une provocation puissante à l'intervention du législateur pour proposer des mesures répressives en rapport

avec la nature du fait. Mais toutes ces considérations de moralité sont évidemment en dehors de la question : qu'importe la perversité du duel et de la convention qui le précède? Il ne s'agit pas de l'incriminer comme un fait nouveau, mais de savoir s'il doit être compris dans des incriminations déjà faites ; il ne s'agit pas de rechercher s'il faut le punir, mais si la loi pénale a voulu lui appliquer les peines qu'elle a prononcées contre les blessures graves, le meurtre et l'assassinat.

1119. L'homicide et les blessures font l'objet des dispositions du code pénal, soit lorsqu'ils sont commis involontairement, par négligence ou maladresse, soit lorsqu'ils sont commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense, ou provoqués par des coups ou des violences graves, soit lorsqu'ils sont commis sans provocation, mais sans dessein antérieurement formé, et dans le premier emportement d'une passion violente ou l'inspiration d'un sentiment pervers, soit enfin lorsqu'ils ont été exécutés avec préméditation.

Il est incontestable que celui qui, dans les chances réciproques d'un duel, a donné la mort à son adversaire ou l'a blessé, ne peut être atteint par les articles 319 et 320. En effet, ces articles ne prévoient que l'homicide et les blessures commis par imprudence, inattention ou négligence; or il est évident que dans le duel la volonté concourt avec le fait matériel, non point, à la vérité, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, cette volonté criminelle qui constitue l'assassinat ou le meurtre, mais la volonté de tuer ou de blesser, produite avec de certaines circonstances qui en modifient la criminalité ; on ne saurait donc invoquer des dispositions qui ne s'appliquent qu'à l'homicide involontaire.

Il faut écarter également l'excuse que l'on pourrait tirer de la provocation. La provocation n'est, dans notre code, une excuse de l'homicide, qu'autant qu'elle se produit par des coups et des violences graves, et que l'homicide s'est commis sur-le-champ et dans la première chaleur du ressentiment de cette attaque. Or, rarement l'attentat du duel est provoqué par des coups ou des violences graves, et dans aucun cas le combat ne repousse immédiatement

l'injure; la convention qui le précède place un intervalle entre la provocation et l'homicide. L'action ne s'accomplit donc pas dans le premier mouvement de la passion; l'influence de l'injure sera refroidie, et la réflexion a pu du moins la dompter. La loi n'admet plus d'excuse.

Doit-il en être de même du fait justificatif de la légitime défense? Quelques criminalistes ont étendu au duel l'article 327, qui déclare qu'il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide et les blessures étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense. Ils ont soutenu que, dans une lutte loyale où le combat offre des chances réciproques, chacun des adversaires doit user de son arme, sous peine de succomber par celle de son adversaire; et que si un sentiment d'honneur mal entendu a seul engagé la lutte, un sentiment de conservation personnelle y dirige les coups des deux ennemis, de sorte que le vainqueur peut toujours dire qu'il n'a donné la mort que pour l'éviter, quelle que soit la nature de la convention que prend le combat de légitime défense, au moment où le fer se croise. D'autres jurisconsultes, au contraire, ont prétendu que cette argumentation est inexacte en fait, et erronée en droit. Comment, ont-ils dit, l'agent pourrait-il se couvrir de l'exception d'une défense légitime, puisqu'il savait à quel danger il s'exposait, puisqu'il pouvait l'éviter, et qu'il s'y est volontairement exposé? L'homicide ne peut être dépouillé de sa criminalité que par un péril imprévu et qui le rend nécessaire; il faut que la défense ait suivi sur-le-champ l'attaque; il faut surtout que cette attaque n'ait pu être repoussée d'une autre manière. Si l'une de ces conditions n'est pas constatée, la défense cesse d'être nécessaire, et par conséquent légitime; et l'homicide ou les blessures, commis sous le voile de cette défense, échappent à cette exception légale. Les conditions qui les accompagnent repoussent également cette application. Suit-il de là, ont-ils ajouté, que le duel ne soit pas précédé d'une provocation, que le combat ne soit pas dominé par un sentiment de conservation personnelle? Nullement. Ces faits existent, mais avec des circonstances différentes, parce que la loi n'établissait des exceptions que relativement aux faits qui

rentraient dans ses dispositions répressives. En un mot, si les exceptions admises par le code ne s'appliquent pas aux faits du duel, il faut en conclure qu'ils ne rentrent pas dans ses incriminations, puisqu'ils ne peuvent jouir de l'exception.

1120. Enfin, l'homicide commis en duel ne peut dans aucun cas constituer un simple meurtre. En effet, le meurtre suppose l'absence d'un dessein extérieur; il se commet dans l'emportement subit d'une passion violente, sous l'inspiration instantanée d'un sentiment pervers; il s'exécute avant que la réflexion l'ait médité, et au moment même où la pensée l'a conçu. Or l'homicide commis en duel suppose nécessairement la préméditation. Qu'est-ce que le duel en effet? Un combat régulier entre deux personnes, avec armes meurtrières, et précédé d'une convention qui en règle le mode, le lieu et le temps; il est donc de l'essence du duel d'être la suite, le résultat d'une convention; détruisez cette convention, et le combat cesse d'être un duel pour prendre le caractère d'une rixe. Or cette convention préalable n'est-elle pas la preuve la plus certaine de la préméditation? La préméditation est donc substantielle à l'acte du duel, elle coexiste avec lui, elle en forme une circonstance inhérente.

De ces observations nous sommes donc fondés à conclure que l'homicide commis en duel constitue le crime d'assassinat, ou ne constitue aucun crime; que les blessures faites en duel constituent le crime de blessures faites avec préméditation ou de guet-apens, ou ne sont pas punissables; enfin, que les peines applicables à cet homicide et à ces blessures sont, aux termes des articles 296 et 310, la peine de mort ou celle des travaux forcés, ou que nulles peines ne peuvent leur être appliquées. Voilà les termes où la question devait nécessairement être ramenée; ainsi posée, sa solution devient plus facile.

1121. L'homicide commis en duel n'est point un assassinat. Le crime d'assassinat se compose, ainsi que nous l'avons vu plus haut, de trois éléments : la matérialité du fait de l'homicide, la volonté criminelle de tuer, la préméditation. Dans l'homicide commis en duel nous trouvons un fait matériel; nous trouvons encore un dessein an-

térieur de se livrer aux actes qui l'ont accompli, ou la préméditation; mais trouvons-nous cette volonté criminelle qui est l'élément et le principe constitutif de l'assassinat? C'est là ce qu'il faut examiner; c'est là qu'est, suivant nous, la différence profonde qui, malgré leurs points de contact, sépare ces deux actes.

La volonté de tuer n'est pas essentiellement criminelle : le soldat qui fait feu et consomme un homicide sur l'ordre d'une autorité légitime, le citoyen qui tue un agresseur pour assurer sa propre défense, ces agents avaient la volonté de tuer, et toutefois les homicides qu'ils ont commis sont exempts de toute criminalité. Cette volonté revêt ensuite des nuances différentes qui impriment aux faits qu'elle commet des degrés divers dans l'échelle de la criminalité. Ainsi, celui qui a longtemps préparé l'homicide qu'il consomme, celui qui ne l'accomplit que dans l'inspiration d'une passion perverse mais instantanée, celui qui n'en a puisé la pensée que dans les coups ou les blessures graves qui ont provoqué sa colère, ces trois agents ont également eu la volonté de tuer, et cependant cette volonté diffère de l'un à l'autre. Combien les circonstances où elle s'est produite lui impriment un caractère distinct! Quelle barrière infranchissable sépare les actes qui l'ont manifestée! La loi en suit avec soin toutes les modifications pour les constater. Chacune des circonstances qui ont pu la faire naître, la provoquer, l'exciter, devient un fait modificatif du crime. Il faut que la perfidie soit complète; que, née d'un sentiment pervers, elle ait frauduleusement marché jusqu'à son but, pour que le code lui réserve la dernière de ses peines.

Ainsi, dans le crime d'assassinat, la volonté de tuer est nécessairement accompagnée de dol et de fraude; cette fraude est de l'essence même de l'action, et la loi le suppose elle-même. L'article 297 le définit un attentat; l'article 298 en prévoit une espèce, et cette espèce est le guet-apens. La pensée de ce crime prend donc sa source dans les passions perverses; elle se nourrit dans l'ombre, elle se cache pour préparer l'exécution de ses desseins, pour épier la victime; ce sont ces préparatifs secrets, c'est la perfidie de l'attaque qui forment sa criminalité. L'assassin est d'autant plus redoutable

que son attaque est plus inattendue et qu'il frappe un homme sans défense.

Retrouvons-nous dans le duel le caractère de violence et de perfidie ? La volonté des agents est une volonté coupable ; elle foule aux pieds la justice dont elle dédaigne les réparations, la société dont elle trouble l'ordre et la paix, la vie humaine qu'elle sacrifie avec légèreté à ses passions ; mais cette culpabilité, quelque grave qu'elle soit, n'est pas celle qui constitue le crime d'assassinat. Le duel rejette la fraude et la violence ; ses préparatifs se font en commun ; l'heure et le mode de l'attaque sont réglés par une convention, et cette convention est loyalement exécutée ; la victime, loin qu'elle ait été frappée à l'improviste, était sur la défensive ; elle attendait l'assaillant, elle l'attaquait elle-même, et c'est le hasard qui a fait le coupable et la victime.

L'assassin essaye de se dérober au péril en frappant dans l'ombre ; le duelliste frappe au grand jour, et en exposant sa poitrine aux coups de son adversaire. Il est impossible de se garantir de l'attaque du premier, puisqu'elle est inattendue ; on peut toujours éviter l'attaque du second, en refusant le combat. L'assassin n'a qu'un but, la mort de la victime, soit pour rassasier sa vengeance, soit sa cupidité ; chez le duelliste, la volonté de tuer n'est qu'accidentelle et secondaire, souvent même elle n'existe pas ; ce qu'il demande, ce qu'il veut, c'est de laver son honneur souillé ou de le maintenir intact. Enfin, les coups de l'assassin frappent la société tout entière ; car elle doit protection à la victime, et cette violente attaque la trouble et l'effraye. La mort du duelliste ne lui inspire point la même terreur ; c'est en quelque sorte une mort volontaire ; il peut se l'imputer à lui-même, car il a partagé la faute du meurtrier ; ce n'est plus la même violation des lois sociales, ce n'est plus le même préjudice.

Il est donc évident que la même criminalité n'est pas empreinte dans les deux actions, qu'elles diffèrent et par leur gravité morale, et par leurs conséquences matérielles : il manque au duel l'un des éléments de l'assassinat, la volonté criminelle qui seule peut le constituer, le dol qui en dirigeant l'action la change en crime. Ces deux

actes n'ont d'autre rapport que l'homicide, qui est leur résultat commun. Mais est-ce donc parce que la matérialité du fait est la même, qu'ils doivent être confondus dans la même incrimination? Quelle est donc cette théorie nouvelle qui, pour punir une action, semble vouloir faire abstraction de l'intention de l'agent, et ne s'attache qu'à son résultat matériel? Faut-il répéter que ce n'est que la volonté, la seule volonté de l'agent, qui détermine la criminalité du fait et les nuances multiples de cette criminalité? Cette règle, banale par la vérité, doit-elle être effacée en matière de duel?

1122. C'est en consacrant ces règles éternelles de la justice pénale que la cour de cassation avait déclaré, depuis la promulgation du code jusqu'à l'arrêt du 22 juin 1837, « que l'homicide commis en duel ne pourrait être assimilé au meurtre commis avec préméditation; que ce que le code qualifie assassinat, en effet, suppose une agression préméditée, non concertée auparavant avec celui sur lequel elle a été exercée, accompagnée du dessein de donner la mort, et dans laquelle, s'il y a eu résistance, la défense n'est née que de l'attaque; que dans le duel, au contraire, il y a eu toujours convention antérieure, intention commune, réciprocité et simultanéité d'attaque et de défense [1]. »

A la vérité, la cour de cassation dénie aujourd'hui toute force légale à cette convention qu'elle regardait alors comme modificative du fait; elle fonde cette doctrine nouvelle sur ce qu'une telle convention est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public; que toute convention de cette nature est nulle de plein droit, aux termes de l'article 6 du code civil, et que ce qui est nul ne peut produire aucun effet [2]. Son rapporteur, M. Bérenger, avait insisté sur cet argument en exposant la question : « Cette convention, où chaque partie de sang-froid stipule ce défi armé à la société tout entière, n'est elle pas une aggravation de plus du crime public dont elle va se rendre coupable? Ensuite, puisqu'on parle de convention, a-t-on soin d'appeler au con-

[1] *Voy.* les nombreux arrêts que nous avons cités précédemment.

[2] *Voy.* les deux arrêts des 22 juin et 15 déc. 1837 rapportés *suprà*.

trat toutes les parties intéressées? L'homme qui, bravant les lois divines et humaines, s'engage à donner la mort et consent à la recevoir, s'oblige seul; il oublie que d'autres existences sont liées à la sienne, et qu'il a contracté envers la société et sa famille des devoirs qui lui ont ôté le droit de disposer de lui-même[1]. » Il est à remarquer d'abord que ces dernières observations s'appliqueraient au suicide avec autant de raison qu'au duel. Faut-il en conclure que le suicide est un assassinat? Faut-il, parce que le suicidé n'a pas fait part de sa résolution aux personnes intéressées à sa vie, déclarer son action un crime, et, s'il a survécu, l'achever sur l'échafaud? Cette convention est immorale : qui pourrait le contester? qui pourrait nier qu'elle porte atteinte à la paix publique? Mais ce n'est point là qu'est la question : il ne s'agit pas d'apprécier le caractère moral de la convention, mais de décider s'il faut faire abstraction de ce fait, effacer cette circonstance, et punir l'acte du duel après l'avoir ainsi modifié.

1123. S'il fallait ériger la convention qui précède le duel en un fait d'excuse légale, nous penserions peut-être, avec la cour de cassation, qu'il n'y a pas lieu de le faire ; car la loi pénale n'a point rangé ce fait au nombre des excuses qu'elle admet, et la raison en est simple, c'est qu'elle ne s'est nullement occupée de la répression du duel. Il s'agit uniquement de constater une circonstance du fait ; et qu'importe que cette circonstance soit immorale ? L'accusé de viol, qui s'excuse en disant qu'il avait séduit la victime, doit-il moins être entendu ? Le faussaire qui excipe de la nullité qui, à son insu, entache l'acte falsifié, n'est-il pas admis à prouver cette nullité qui, en rendant le préjudice impossible, ôte au crime l'un de ses éléments? L'erreur provient de l'assimilation qu'on a voulu faire de cette convention à un contrat civil auquel, s'il est contraire aux bonnes mœurs, la loi dénie toute action en justice. Il ne faut pas confondre les notions du droit civil et les règles du droit criminel ; s'agit-il ici d'une convention dont on prétende, comme du jeu ou du pari, réclamer l'exécution en justice? Oh ! frappez-la de nullité, si vous le voulez ; mais

[1] Revue de législation, t. 7, p. 232.

quels seront les effets de cette nullité? C'est uniquement de priver les parties d'un action devant les tribunaux, et d'ôter à la convention ses effets civils; voilà le cercle où réagit le principe que vous invoquez; sa puissance ne peut aller au delà. Non, cette convention n'est ni une excuse, ni un contrat; elle n'est qu'une circonstance intrinsèque du fait; elle en fait partie, elle le modifie, elle le caractérise. Il est impossible d'en faire abstraction dans l'appréciation du duel, car on prononcerait alors, non plus sur le fait lui-même, mais sur une fiction, non plus sur la criminalité réelle de l'agent, mais sur sa criminalité supposée. La convention doit être appréciée, non comme une obligation qui lie les parties, sous ce rapport elle est illicite et nulle; non comme une excuse qui atténue le crime, car l'excuse le modifie et le laisse subsister; mais comme une circonstance substantielle du fait, circonstance qui en change radicalement la nature, et qui suppose nécessairement l'absence du dol et de la perfidie qui le constituent.

Enfin, l'on a prétendu que cette appréciation de la convention qui précède le duel constituait une distinction arbitraire, et qu'il n'est pas permis de suppléer au silence de la loi. Mais comment prétendre que la loi elle-même n'a pas fait cette distinction, puisqu'elle n'a incriminé que l'assassinat? et comment croire que nous suppléons à son silence quand nous ne faisons que restreindre ses termes dans leur sens véritable et naturel? N'est-ce pas plutôt le système de la cour de cassation qui a fait parler une loi muette, en étendant ses dispositions à des faits qu'elle n'avait pas prévus, en poursuivant une malheureuse analogie entre l'homicide commis en duel et l'assassinat, en élaguant arbitrairement du fait du duel toutes les circonstances qui le caractérisent et qui gênent cette assimilation, enfin en l'enfermant de force dans les termes étroits d'une incrimination qui résiste et le repousse?

1124. Suivons maintenant dans ses conséquences le système de la cour de cassation. Il résulte de l'arrêt du 22 juin 1837, il résulte surtout du réquisitoire qui l'a précédé, que les peines du code ne devaient s'appliquer qu'à ce résultat matériel du duel, à l'homicide et aux

blessures qu'il aurait produits : le duel lui-même, non suivi d'homicide ni de blessures, n'était l'objet d'aucune poursuite. Mais cette première interprétation s'est bientôt modifiée ; en qualifiant assassinat l'homicide commis en duel, il a fallu lui appliquer toutes les règles applicables au crime. Or, si la convention du duel non suivie de combat n'est encore qu'un acte préparatoire et ne constitue pas le commencement d'exécution, il n'en est plus de même lorsque le combat a été commencé : ce combat, lors même qu'il n'est suivi ni d'homicide ni de blessures, constitue une tentative de meurtre ou d'assassinat, suivant que le duel a suivi après quelques délais ou immédiatement les injures et la provocation. La cour de cassation a fini par reconnaître elle-même cette inévitable conséquence de sa doctrine ; elle a déclaré dans un arrêt du 22 décembre 1837 : « que les faits (de duel), étant soumis aux dispositions du droit commun, doivent être appréciés non-seulement par rapport aux articles du code pénal qui punissent l'homicide et les blessures, mais aussi par rapport aux autres dispositions de ce code ; qu'ainsi, quoiqu'il n'y ait pas eu d'homicide consommé, si les circonstances établies par l'instruction présentent les caractères légaux d'une tentative de meurtre, tels qu'ils ont été déterminés par l'article 2 du code pénal, il doit y avoir lieu à l'application combinée de cet article et des articles 295 et suivants du même code[1]. »

1125. Le duel qui s'est terminé sans blessures est donc qualifié, par la cour de cassation elle-même, tentative de meurtre ou d'assassinat ; de là deux corollaires : le premier est que, dans un duel suivi de blessures, ce n'est plus seulement l'auteur de ces blessures qu'il faut poursuivre, mais le blessé lui-même ; car, si celui-là est coupable d'avoir porté des blessures volontaires, celui-ci est au moins coupable de la tentative du même fait. Tous les deux sont responsables au même degré, et la cour de cassation l'a déclaré d'ailleurs dans l'arrêt qui vient d'être cité. Cet arrêt porte : « que les circon-

[1] Cass. 22 déc. 1837, Bull. n° 439 ; et conf. cass. ch. réun. 20 déc. 1850, Bull. n° 427, et 18 fév. 1854, Bull. n° 43.

stances du duel présentent non-seulement, de la part de l'auteur des blessures, la prévention du crime de blessures volontaires prévue par l'article 209 du code pénal, mais aussi, tant de la part de celui-là que du blessé, la prévention d'une tentative de meurtre commis avec préméditation, manifestée par un commencement d'exécution, et qui n'aurait manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. » Or n'est-il pas visible que cette seule conséquence fait sortir le duel des dispositions communes de la loi pénale? qu'en révélant ses éléments particuliers, elle suppose la nécessité d'une incrimination à part? Le code, en effet, a-t-il supposé quelque part que l'assassin et la victime puissent être enveloppés dans la même peine, que l'auteur de la blessure et le blessé puissent être déclarés, à raison de cette blessure même, complices l'un de l'autre? Si la victime est coupable, n'est-ce donc pas que l'agent n'est point un assassin? [[Aussi sur ce point la jurisprudence a fini par varier. Un arrêt de la cour de cassation déclare : « qu'on ne peut considérer comme complice par provocation de la blessure à lui faite l'individu qui l'a reçue dans un duel, alors même qu'il aurait été le provocateur de ce duel, parce qu'on ne saurait admettre que sa volonté ait été que son adversaire lui fît cette blessure [1]. » Mais on peut, d'après la même jurisprudence, considérer le blessé comme coauteur du fait qui a produit la blessure, parce que, suivant l'expression d'un arrêt, « chacun des combattants s'est placé vis-à-vis de son adversaire dans un état d'agression autant que de défense [2]. » Mais n'est-il pas bizarre de déclarer la victime auteur de la blessure qu'elle a reçue et qu'elle repoussait en se défendant?]]

1126. Ce n'est pas tout : la cour de cassation paraît supposer que si le duel n'a eu pour résultat qu'une blessure, le fait, puisant sa qualification dans ce résultat matériel, rentrera dans les termes des

[1] Cass. 15 oct. 1844, Bull. n° 345.

[2] Cass. 11 déc. 1839, ch. réun., Bull. n° 375; 10 sept. 1840, Bull. n° 257; 22 mars 1850, Bull. n° 112; 12 avr. 1850, Bull. n° 27; 19 avr. 1850, Bull. n° 130; 6 juin 1850, Bull. n° 183; 20 déc. 1850, ch. réun., Bull. n° 430.

articles 309 et suivants, et constituera ainsi, soit un délit, soit un crime, suivant la gravité de la blessure. Mais cette proposition repose évidemment sur une erreur; car, si l'auteur de la blessure n'était puni qu'à raison et suivant l'importance de ce fait matériel, son adversaire, ainsi que le déclare l'arrêt du 22 décembre 1837, n'ayant fait aucune blessure, ne pourrait être poursuivi que comme coupable d'une tentative d'assassinat, puisqu'il s'est servi de ses armes avec la volonté préméditée de tuer. De là cette choquante anomalie d'une incrimination différente pour deux coupables du même fait, et d'une répression plus grave pour celui de ces deux agents qui, déjà victime du combat, a déployé une adresse moins grande et dès lors une moins grande perversité. Une telle anomalie serait le renversement des principes élémentaires du droit pénal; elle ne peut subsister. Il faut reconnaître que le combat, soit qu'il ait été suivi d'homicide ou de simples blessures, ne peut donner lieu qu'à une seule qualification, celle d'assassinat ou de tentative de ce crime. La logique rigoureuse le veut ainsi; car, à moins que l'intention contraire ne fût établie, et que les combattants soient convenus de s'arrêter, comme l'a dit Rousseau, *au premier sang*, leur volonté est d'exposer réciproquement leur vie, et c'est la vie elle-même que l'usage des armes met en péril.

[[La jurisprudence fait donc ici une complète abstraction de l'intention de l'agent, et il en résulte cette anomalie singulière, que celui qui tire un coup de pistolet sur son adversaire sans le blesser est considéré comme auteur d'une tentative d'assassinat, et que si, en tirant ce même coup de pistolet, il a fait une blessure, par conséquent s'il a apporté dans son action plus de sang-froid et d'attention, il n'est plus considéré que comme l'auteur d'un simple délit. Et comme la gravité de la peine de ce délit dépend de la durée de l'incapacité de travail occasionnée par la blessure, on arrive encore à cette autre anomalie, que si le blessé est en cause comme coauteur du délit, c'est la durée de sa maladie qui sert de mesure à la peine qui lui est infligée. Les arrêts, au surplus, manifestent quelque hésitation sur ce point : quelques-uns considèrent la simple blessure faite en duel

comme une tentative de meurtre avec préméditation [1]; d'autres n'y voient au contraire qu'un délit de coups et blessures volontaires, qui puise sa qualification dans les articles 309, 310 et 311, suivant les circonstances qui l'accompagnent [2]]]

1127. Cette incrimination ne s'arrête même pas aux seuls combattants; la cour de cassation a décidé en effet : « que l'homicide et les blessures commis en duel peuvent être imputés, non-seulement aux combattants comme auteurs principaux, mais aussi aux témoins du duel comme complices, s'il existe de la part de ceux-ci des actes qui présentent les caractères de la complicité légale, tels qu'ils sont définis par l'article 60 du code pénal [3]. » Cette décision est parfaitement logique : si le duel est un crime, les témoins y participent nécessairement, en donnant des instructions pour le commettre, en fournissant les armes, en assistant les auteurs de l'action dans les faits qui l'ont préparée ou consommée. Mais cette conséquence même démontre la lacune de la loi. Quelle est la mission, quel est le but de l'assistance des témoins? C'est de réconcilier les parties; et, s'ils ne peuvent y parvenir, c'est de régler les conditions du combat, pour en atténuer les périls, c'est de l'arrêter s'il s'écarte des limites tracées, c'est d'en surveiller l'exécution. Ils sont les juges du camp et les modérateurs de la lutte; ils conservent au duel son caractère propre et l'empêchent de se convertir en assassinat; leur présence est une garantie de sa loyauté, une sauvegarde pour l'ordre social lui-même, qu'elle préserve d'un trouble plus grave. Or ces témoins seront-ils réputés complices d'un assassinat, seront-ils poursuivis comme assassins? La conscience ne se trouble-t-elle pas à cette pensée? Cette conséquence n'accuse-t-elle pas un système qui confond les faits les plus divers, les moralités les plus distinctes? L'action des témoins est immorale comme le duel lui-même; mais, comme le duel aussi,

[1] Cass. 6 juill. 1838, Bull. n° 192; 6 juin 1839, Bull. n° 176; 11 déc. 1839, Bull. n° 375; 22 mars 1850, Bull. n° 112.

[2] Cass. 18 oct. 1838, Bull. n° 341; 4 janv. 1839, Bull. n° 2; 21 fév. 1839, Bull. n° 56; 18 juill. 1844, Bull. n° 268.

[3] Cass. 22 déc. 1837, Bull. n° 439.

elle forme un fait différent de l'assassinat et de sa complicité. Leur participation morale même est douteuse, car leur présence matérielle n'est point une preuve de leur adhésion ; ils assistent à un combat que souvent ils ont voulu empêcher, auquel ils se sont ouvertement opposés. Leur assistance échappe donc aux règles ordinaires de la complicité ; elle reçoit de la pensée qui l'accompagne un caractère distinct ; elle peut constituer un délit spécial, elle ne peut être considérée comme un acte de complicité d'un crime commun.

1128. [[Aussi la jurisprudence, subissant malgré elle l'influence des faits, n'a pu se défendre de fléchir un peu ici. Quelques arrêts ont admis que la déclaration faite par la chambre d'accusation que « les témoins, ayant fait des efforts pour empêcher le duel, ne peuvent être réputés complices, » est souveraine et suffit pour les mettre hors de cause [1]. Nous ne contestons ni la moralité ni la sagesse de cette décision ; nous hésitons seulement à la croire régulière. Supposons un crime ordinaire d'assassinat commis par plusieurs malfaiteurs. Quelques-uns, sur le lieu même du crime, élèvent des objections et s'efforcent d'en détourner les autres ; mais, ceux-ci persistant dans leur projet, ils cessent leurs remontrances et prêtent leur aide à la consommation du crime. Est-ce que ces agents auront cessé d'être complices? Est-ce que leurs exhortations inutiles auront effacé les faits d'assistance auxquels ils ont concouru? Ils pourront mériter une atténuation de la peine, parce que leurs hésitations témoignent d'une perversité moins profonde; mais ils seront assurément coupables de complicité, et l'arrêt qui se servirait de cette circonstance pour la dénier serait sans doute et à bon droit cassé. Or, si l'homicide commis en duel est un assassinat, comment le fait qui serait indifférent en matière ordinaire est-il tout à coup transformé en une sorte d'excuse légale en matière de duel? Les témoins ont épuisé tous les moyens de conciliation, cela est vrai ; mais, après avoir reconnu l'inutilité de leurs efforts, ils ont consenti à assister au combat, ils ont préparé

[1] Cass. 4 janv. 1845, Bull. no 5 ; 18 nov. 1847, Bull. no 280 ; 20 déc. 1850, Bull. no 430 ; 11 avr. 1851, Bull. no 142.

les armes, ils les ont remises aux combattants, ils ont fait observer les lois du duel, qui a ses lois. Ils ont donc fait des actes d'assistance, puisque leur refus arrêterait le duel, puisque leur coucours a facilité sa consommation. Comment ces actes, qui étaient tout à l'heure qualifiés d'actes de complicité, ont-ils perdu ce caractère? Comment l'opposition d'un complice avant le fait peut-elle là ne produire aucun effet, ici faire disparaître la part qu'il a prise au crime?]]

1129. Les auteurs des homicides et des simples blessures commis en duel, ceux que ces blessures auraient atteints, enfin les témoins eux-mêmes seraient donc, dans le système de la cour de cassation, compris dans la même incrimination, frappés des mêmes peines? et cette incrimination, ces peines, seraient celles de l'assassinat! Cette excessive rigueur est peut-être la plus forte preuve que le législateur n'avait pas voulu placer le duel dans le code pénal. Aussi le réquisitoire qui a précédé l'arrêt du 22 juin 1837 avait prévu cette objection : « Quant à l'excès de sévérité reproché à nos lois, porte le réquisitoire, sous le prétexte que le duel ne doit pas être confondu avec le guet-apens ou l'assassinat, le reproche tomberait sur le législateur, en tant qu'il n'a pas voulu faire au duel *l'honneur de le nommer* [1], et d'en faire un délit à part; mais ce ne serait pas un motif qui pût autoriser le juge à se dispenser d'appliquer la loi telle qu'elle est, même avec ses inconvéniens, s'il est vrai qu'il y en a dans son application; en effet, une de nos maximes est qu'il ne faut pas juger des règles par le prétendu inconvénient attaché à leur observation. Les seules distinctions possibles sont celles qui peuvent résulter des circonstances atténuantes. » Si telle était en effet la loi, il faudrait le déplorer, car une telle loi serait éternellement violée. Les mœurs, qui sont aussi des lois et des lois vivantes

[1] Ce mot, qui a été attribué à Treilhard, nous paraît dénué de sens. Si le duel est un crime, pourquoi ne pas le définir et le nommer? N'était-ce pas un devoir pour le législateur qui le punissait? Quel est donc cet honneur pour un fait quelconque de figurer dans les catégories de la loi pénale? Comment le code qui a défini l'assassinat, le parricide, le viol, n'aurait-il pas fait le même honneur au duel?

et agissantes, élèveraient une infranchissable barrière devant son application. Ces mœurs qui blâment le duel et tendent à l'extirper du sein de la société, se réveilleraient puissantes pour le protéger contre les peines odieuses dont on tenterait vainement de le frapper; car c'est la conscience elle-même, et non point un vain préjugé, qui a tracé la ligne qui sépare le duel et l'assassinat, et il ne se trouvera point de jurés qui consentent à assimiler ces deux actes, à leur appliquer la même peine, la peine de mort. « Le fait est constant, disait un orateur de la chambre des pairs en parlant du duel, l'accusé l'avoue, il est convaincu du crime. Cependant le jury prononce devant les hommes que l'accusé n'est pas coupable ; et qui donc est coupable en ce cas? Si l'accusé est innocent, c'est donc la loi qui est coupable? Oui, sans doute, la loi est coupable, elle est coupable d'erreur lorsqu'au lieu de conduire à la répression, elle amène l'impunité [1]. » Le seul moyen, en effet, d'arriver à la répression du duel, est d'édicter des peines en harmonie avec la gravité morale de cet acte.

L'application des circonstances atténuantes peut-elle produire cet effet? Il faut remarquer d'abord que, dans le système de la cour de cassation, ces circonstances ne sont pas destinées à corriger et réformer les pénalités du code, à tempérer celles qui sembleraient trop sévères ; le jury, suivant la doctrine de la cour, ne doit point se préoccuper des conséquences légales des faits par lui reconnus et constatés [2]. Le seul but de l'article 463 du code pénal a été de tenir compte, en faveur de l'accusé, d'excuses extra-légales qui, telles que l'âge, l'ivresse, l'éducation, la provocation verbale, la misère, la position sociale de l'agent, atténuent la culpabilité sans modifier le fait en lui-même. Or, le bénéfice de ces excuses n'est point un privilége pour le duel; elles sont communes au meurtre et à l'assassinat; elles produisent à l'égard de ces crimes le même effet d'atténuation; la peine

[1] M. de Tascher, sur le projet de loi du duel, séance du 14 mars 1838 (Mon. du 20 mars).

[2] Cass. 25 mars 1836, Journ. du dr. crim. 1836, p. 101.

reste donc égale, et dès lors cette atténuation est insuffisante. On prévoit, à la vérité, que cette déclaration des circonstances atténuantes sera formulée dans tous les procès de duel ; mais cette déclaration serait faite alors en vue de la peine, et toute la théorie de la séparation des pouvoirs entre la cour et le jury serait bouleversée ; ensuite, même en rendant cette formule de style, la peine resterait afflictive et infamante.

1130. L'infliction de la mise en accusation, si la jurisprudence de la cour de cassation entraîne les cours impériales, sera donc invariablement suivie du triomphe des acquittements. De là une déplorable lutte entre la magistrature et le jury, entre l'autorité judiciaire et les mœurs et la raison publique ; cette lutte, imprudemment élevée, ne profitera point à la répression du duel. A la vérité, on allègue que cette épreuve de la poursuite et des débats serait déjà une peine qui pourrait réprimer quelques duellistes. Nous ne dirons point que cette peine sera tempérée et presque effacée par la certitude de l'acquittement ; mais nous demanderons si ce n'est pas étrangement méconnaître les droits et les devoirs de l'action publique que d'infliger des poursuites comme une peine avec la certitude de l'acquittement. La poursuite et la détention préalable sont un sacrifice pénible fait dans l'intérêt social de la répression des crimes. Mais quel serait le caractère de cette détention, si le fait qui la motive n'avait pas réellement les éléments d'un crime, s'il était présumable qu'il ne dût pas être puni en définitive, si cette détention avait pour but moins d'assurer l'exécution d'une peine ultérieure que de servir elle-même de peine ? Une telle poursuite, bien qu'enveloppée de toutes les apparences de la légalité, ne pourrait-elle pas être considérée comme arbitraire ? et ce caractère ne deviendrait-il pas plus visible, s'il arrivait qu'elle se fût brisée déjà à différentes fois contre les verdicts du jury [1] ?

[1] La cour de cassation a persisté dans sa jurisprudence par les arrêts qui suivent : 5 avr. 1838, Bull. n° 93 ; 6 juill. 1838, Bull. n° 192 ; 18 oct. 1838, Bull. n° 341 ; 4 janv., 2 fév., 21 fév., 6 juin, 11 déc. 1839, Bull. n° 2, 35,

1131. Le code pénal est donc inapplicable au duel, et cette conséquence ressort évidente de son esprit général et de chacune de ses dispositions. Ce n'est point en les courbant sous un inflexible niveau, en ne les frappant que d'une peine uniforme, que ses rédacteurs ont incriminé les actions humaines; ce qui a distingué leur œuvre des codes qui l'avaient précédée, c'est la classification des actes, c'est la séparation introduite entre les faits, c'est la distinction des nuances qui les divisent. Sans doute, le législateur aurait pu aller plus avant encore dans cette voie; plus la loi multiplie ses incriminations, plus les peines se mettent en rapport avec la valeur réelle des actions; mais cette distinction des faits, quelque imparfaite qu'elle soit, est le principe et la base du code. Ce principe se réfléchit dans toutes ses dispositions, et deux faits aussi indifférents, aussi distants l'un de l'autre que l'assassinat et le duel, n'ont pu s'y trouver mêlés et confondus comme un même fait.

Le duel est un fait spécial, un délit *sui generis*, qui ne peut être réprimé que par une législation particulière. La loi doit étudier son caractère, elle doit, jusqu'à un certain point, tenir compte des préjugés qui le tolèrent, elle doit apprécier les faits qui l'accompagnent, et quelquefois l'excusent, pour le punir avec succès, c'est-à-dire avec justice; car la peine qui n'est pas en proportion avec le délit qu'elle frappe n'est pas seulement injuste, elle est impuissante, elle révolte, elle ne corrige pas. Les caractères qui classent le duel à part des crimes communs contre les personnes sont la provocation dans laquelle il prend sa source, la convention qui le précède, la réciprocité de l'attaque et de la défense, la présence des témoins.

Il est impossible d'apprécier la criminalité du duel sans tenir compte des insultes qui l'ont provoqué; ces insultes que, pour la

56, 176, 375; 10 sept. et 12 nov. 1840, Bull. nos 257 et 321; 18 juill. et 15 oct. 1844, Bull. nos 268 et 345; 4 janv., 25 mars, 14 août 1845, Bull. nos 5, 109, 257 et 258; 18 nov. 1847, Bull. no 280; 16 nov., 8 déc. 1848, Bull. nos 274 et 310; 22 mars, 12 et 19 avr., 6 juin, 11 juill, 20 déc. 1850, Bull. nos 112, 127, 130, 183, 216, 427 et 430; 11 avr. 1851, Bull. no 142; 23 sept. 1853, Bull. no 480; 18 fév. 1854, Bull. no 43.

plupart, la loi n'a point prévues, elle doit les punir, si elle ne veut pas que les citoyens les punissent eux-mêmes. « Si le législateur, a dit Bentham, eût toujours appliqué convenablement un système de satisfaction, on n'eût pas vu naître le duel, qui n'a été et n'est encore qu'un supplément à l'insuffisance des lois... C'est le silence de ces lois, c'est l'oubli de la justice qui réduisent l'homme sage à se protéger lui-même, par cette triste mais unique ressource[1]. » M. Barthe, qui depuis a eu l'honneur de réformer le code pénal, écrivait en 1829 : « Une loi contre le duel réclame nécessairement quelques modifications à la loi qui punit l'injure. On ne saurait exiger des hommes de se vaincre assez eux-mêmes pour pardonner les outrages dont ils ont été l'objet ; il faut qu'ils trouvent une satisfaction dans la loi, si la loi leur interdit de se venger par eux-mêmes[2]. » Le législateur devra donc, au seuil de la loi qu'il élèvera, édicter des peines pour les offenses minimes et multiples qui jusqu'ici ont échappé à sa prévoyance. Mais si ces offenses peuvent former un délit distinct, elles doivent à la fois exercer une certaine influence sur la répression du duel. Les outrages constituent en effet, par eux-mêmes, une véritable provocation, provocation qui ne serait pas suffisante pour excuser les délits communs, mais qui ne saurait être négligée en matière de duel, puisqu'elle en est la cause avouée et directe, et que leur puissance à cet égard, et dans l'état actuel des mœurs, est un fait malheureusement incontesté. Cette provocation toute spéciale, et sur laquelle la loi générale a dû garder le silence, établit nécessairement des nuances dans la criminalité des duellistes, et la loi ne peut en faire abstraction, car elle cherche la mesure de la peine dans celle de la culpabilité ; aussi nous verrons tout à l'heure que plusieurs législations étrangères ont fait de cette circonstance la base d'une distinction importante.

La convention préalable est une deuxième circonstance caractéristique de la spécialité du délit : nous avons dejà fait remarquer qu'elle

[1] Trait. de législ., t. 2, p. 355.

[2] Revue étrangère de législation, 1837, p. 765.

dépouille l'action du dol qui constitue l'homicide volontaire, substitue un consentement réciproque à la trahison qui fonde l'assassinat ; enfin, que l'acte se modifie par la seule influence de la loyauté dont elle porte l'empreinte et dont elle est le gage. La convention est donc destructive du crime lorsque le titre de l'accusation est le meurtre ou l'assassinat ; mais elle n'efface pas toute la criminalité de l'action, elle lui assigne seulement un caractère particulier.

Le combat peut lui-même être considéré sous deux rapports : il constitue en premier lieu un délit contre la paix publique, une usurpation de pouvoir ; car, dans un société organisée, nul n'a le droit de se faire justice à soi-même, nul n'a le droit de tirer vengeance d'une injure et d'appliquer une peine ; il constitue en second lieu un attentat contre les personnes, mais cet attentat puise un caractère distinct dans les circonstances qui l'accompagnent, dans la simultanéité de l'attaque et de la défense, dans les lois du combat consenties à l'avance, et dans la présence des témoins.

Ce sont là les principaux caractères qui classent le duel à part, qui le font sortir de toutes les incriminations communes, qui appellent pour le réprimer une législation appropriée à sa nature, une législation spéciale. « Il est évident, a dit M. Merlin, que le duel ne peut être rangé ni dans la catégorie des homicides consommés involontairement et par imprudence, ni dans celle des meurtres même provoqués par des violences graves, ni dans celle des assassinats, et qu'il porte un caractère tout particulier en ce qu'il est toujours précédé d'une convention qui en règle le lieu, l'époque et le mode [1]. »

1132. Est-ce à dire qu'il soit venu dans notre pensée de nous constituer les défenseurs du duel et d'en soutenir le barbare préjugé ? Assurément non ; nous n'avons dû voir, nous n'avons vu dans cette discussion qu'une question d'interprétation du code que nous avons pris la tâche d'expliquer. Sans doute nous ne voyons pas uniquement dans le duel, comme quelques écrivains, un reste de la barbarie du moyen âge, qui l'aurait lui-même hérité des Francs et des Germains.

[1] Questions de droit, v° Duel.

« Si cette coutume inhumaine, disait M. Portalis à la chambre des pairs, n'avait d'autres racines que des souvenirs historiques ou d'antiques traditions, elle aurait dès longtemps disparu du milieu de nous avec tant d'autres. Il faut l'avouer, elle a sa source dans un sentiment outré de la dignité de l'homme, et c'est ce qui l'a maintenue dans un siècle si jaloux des droits de l'humanité, malgré ce qu'elle a de faux, d'exagéré et de sanguinaire. » Mais, en constatant ce caractère du duel, nous reconnaissons que la société peut et doit le punir. Sa constitution est incompatible avec le droit qu'aurait chacun de ses membres de se faire justice à soi-même; car sa fin est de remplacer la justice individuelle par la justice sociale, la vengeance privée par la punition publique de l'injure. Les duels ne peuvent être permis, car la sûreté et la vie des hommes ne peuvent être abandonnées aux caprices d'un faux point d'honneur, car l'appel aux armes et l'effusion du sang, au sein d'une société civilisée, constituent une offense à la paix publique qui doit trouver sa répression dans la loi. En les tolérant, cette loi se rend complice de la cruauté et de la fatalité de leurs résultats, elle devient homicide; mais, en punissant le duel, elle ne doit perdre de vue ni sa nature distincte, ni les circonstances qui le séparent des crimes communs, ni les mœurs qui le protégent encore; le duel doit être puni, mais il ne peut l'être qu'à la condition d'apprécier son caractère intrinsèque, et d'établir une juste proportion entre sa valeur morale et la peine qui lui serait appliquée.

1133. [[Le point capital et la plus grave difficulté de la matière est la répression des offenses qui sont les causes du duel. Il est une foule d'injures légères, presque imperceptibles aux yeux des tiers, mais qui lancent un aiguillon acéré et laissent une plaie vive; il est une foule d'actes que la loi n'a pas prévus, qui sont pour la plupart indéfinissables, et qui froissent la réputation et blessent les mœurs. La justice a-t-elle les moyens d'atteindre ces offenses rapides qui consistent dans un geste, dans un mot? A-t-elle un appui à donner à la personne qu'elles ont offensée en passant? peut-elle arracher le dard de la plaie? peut-elle effacer l'injure? La législation, jusqu'à

présent, n'a pas même essayé de remplir cette tâche ; elle n'a puni que les injures apparentes, grossières, espèces de voies de fait qui trouvent leurs preuves dans le scandale qu'elles causent; elle n'a point entrepris de punir ces injures rapides et fugitives qui atteignent sans bruit, et dont les traces, quoique plus profondes, ne s'aperçoivent pas. C'est cette insouciance de la loi, son impuissance peut-être, pour la répression des injures, qui est la source la plus vive du duel. L'offensé, qui ne trouve pas de protection dans la justice, est conduit à se faire justice lui-même ; il prétend laver une injure qu'il n'a pas d'autre moyen d'effacer ; il prétend retremper son honneur, sali par l'outrage, et que la loi ne lui rend pas. Avant de frapper les actes de cette justice privée, il faut organiser une justice sociale qui puisse efficacement la remplacer. La première tâche du législateur doit donc être de définir et de saisir autant qu'il le peut les multiples injures dont l'impunité est la source première du duel. Cette incrimination n'aurait d'autre effet que d'enlever à cette lutte son prétexte et son excuse, qu'elle serait encore utile. Une seconde incrimination doit frapper la provocation au duel : c'est là un fait distinct et parfaitement appréciable, et la peine, si elle est légère, peut être efficace ; car si la provocation mène au duel, si par conséquent une loi répressive du duel doit la saisir, il ne faut pas perdre de vue qu'elle ne conconsiste que dans quelques paroles hasardées et dont la portée est quelquefois vague et douteuse, et qu'enfin ce n'est là qu'un acte préparatoire, qui ne peut être puni isolément qu'à la condition d'une pénalité très-minime. Un autre acte, également préparatoire et de la même nature, est l'acceptation du duel, en d'autres termes la convention qui précède le combat. Cette convention est le fait qui caractérise le duel ; car elle soumet le combat à des règles, à des conditions, à des garanties de loyauté ; elle le sépare des attentats contre les personnes, qui sont nécessairement accompagnés de perfidie ou de trahison ; elle lui imprime un caractère spécial en lui donnant pour base l'accord des parties. Elle se trahit par les préparatifs, l'apprêt des armes, la présence des témoins, l'arrivée sur les lieux convenus. Il paraît donc utile de l'incriminer comme l'injure, comme la provo-

cation, puisque le but de la loi doit être de prévenir le duel, et que la même immoralité et le même danger donnent un caractère commun à tous les actes qui le préparent. Enfin le combat doit être incriminé indépendamment de ses suites et lors même qu'il n'a produit ni homicide ni blessures. Le délit, en effet, est tout entier dans ce fait, quelles que soient ses conséquences, puisque le caractère principal du duel est l'attentat à l'ordre public, la substitution de la vengeance privée à la justice sociale. C'est cet acte de rébellion contre la loi qu'il faut atteindre et punir; les duellistes usurpent un droit qui n'appartient qu'à la société; ils pèsent eux-mêmes la réparation et se font juges de l'injure. Et puis, pour exercer ce droit de justice qu'ils s'attribuent, ils commettent, en faisant usage de leurs armes, un trouble à la paix publique, ils trangressent l'ordre de la cité, ils donnent l'exemple de la force brutale substituée à la force morale de la loi; ils portent atteinte à la conscience publique en glorifiant un acte de révolte. Voilà le délit tel qu'il existe dans le duel, le seul qu'il faille punir : la désobéissance à la loi, le trouble de l'ordre, l'usurpation de la justice. Ce n'est pas que la législation doive faire une complète abstraction des résultats du duel. L'homicide ou les blessures ne changent point le caractère du délit, mais ils l'aggravent, parce qu'ils témoignent une volonté plus décidée d'enfreindre la loi, une violence plus répréhensible, une audace plus grande. La loi peut donc puiser dans ces circonstances une aggravation de la peine, mais elle ne doit pas en changer la nature; c'est toujours le duel qu'elle punit.]]

1134. Ces idées, au milieu des systèmes que cette matière a suscités, tendent à se généraliser et à dominer la législation. Déjà, en 1821, M. Dupin, qui depuis a provoqué la nouvelle jurisprudence, disait : « Il serait mieux de faire une nouvelle loi sur le duel, et, au lieu de la peine de mort, peine en effet peu agissante sur l'esprit d'un homme qui ne la craint point, puisqu'il va s'y exposer de gaîté de cœur, d'infliger des peines d'un autre genre. Ainsi vous allez vous battre par respect humain, dans la crainte d'essuyer les railleries des hommes; vous croyez voir une sorte d'infamie à vous exposer à leurs

reproches ; eh bien ! que la loi vous punisse par où vous vous montrez sensible. Vous craignez une infamie de convention, qu'elle vous imprime une flétrissure réelle ; vous ne craignez pas la mort naturelle, la loi vous frappera de mort civile : qu'elle vous déclare inhabile à exercer les droits de citoyen, indigne d'occuper des places et des emplois militaires et civils, incapable de porter témoignage en justice, incapable de succéder, de tester, etc. Certes voilà des peines en apparence plus douces que celle de mort ; eh bien ! je suis convaincu qu'elles seraient plus efficaces ; personne n'oserait plus croire son honneur intéressé à les affronter. »

M. Haus a exprimé la même opinion : « Les circonstances particulières, dit ce professeur, qui précèdent et qui accompagnent le combat singulier, la convention antérieure entre les combattants, leur intention commune, la réciprocité et la simultanéité de l'attaque et de la défense, donnent à cet attentat un caractère propre qui ne permet pas de l'assimiler aux crimes et délits ordinaires. Le duel doit faire l'objet d'une loi spéciale qui ne peut faire partie du code pénal. En effet, cette loi ne sera d'abord qu'un essai ; elle devra nécessairement subir, après quelques années d'existence, les modifications commandées par l'expérience ; elle ne sera d'abord, par la force des choses, qu'une loi imparfaite, variable : il y aurait donc un inconvénient grave à lui imprimer dès son origine, et par son incorporation au code, un caractère de stabilité qui empêcherait toutes les améliorations successives dont elle aurait besoin [1]. »

[[Enfin M. Eugène Cauchy, qui, dans le savant et excellent livre qu'il a publié en 1846 sur le duel, a étudié cette matière sous toutes ses faces, et en a approfondi toutes les difficultés, arrive à cette conclusion qu'un droit spécial est nécessaire [2] ; que le duel, enté sur l'injure, ne doit pas en être séparé dans son appréciation, que sa valeur

[1] Observations sur le projet du code pénal belge, t. 2, observ. prélim., p. 4.

[2] Du duel considéré dans ses origines et dans l'état actuel des mœurs, t. 2, p. 19, 85 et 99.

morale est celle d'une voie de fait répréhensible mais exempte de dol et de fraude, et que l'emprisonnement et l'amende suffisent à sa répression [1], en graduant ces peines proportionnellement à la gravité du résultat. M. Cauchy ajoute que la juridiction qui lui semble le plus propre à juger les faits de duel est le jury, parce que, plus intimement lié aux mœurs du pays, le jury est plus apte à apprécier un fait qui tient aux mœurs elles-mêmes, parce qu'il s'agit moins de rendre le châtiment inévitable que d'assurer l'effet moral des condamnations [2].]]

1135. [[Le même esprit, les mêmes idées ont été reproduits dans les six projets de loi qui ont été successivement proposés sur ce sujet. Ces projets présentés, en 1819, par M. Clausel de Coussergues, à la chambre des députés; en 1829, par M. Portalis, garde des sceaux, à la chambre des pairs; en 1830, par M. Courvoisier, garde des sceaux, à la même chambre; en 1832, par un rapport de M. Vivien, au conseil d'Etat; en 1845, par MM. Dozon et Taillandier, à la chambre des députés; enfin, en 1849 et en 1850, par plusieurs représentants, à l'assemblée nationale; tous ces projets, disons-nous, imbus d'une pensée commune, quoiqu'ils s'écartent les uns des autres dans quelques détails, déclarent que le duel est un fait spécial, en dehors des incriminations du code pénal, qu'il y a lieu de ne lui appliquer que des peines correctionnelles, soit en le qualifiant simple délit, soit en le faisant profiter, dans une large mesure, des circonstances atténuantes et des excuses, et que l'homicide et les blessures qu'il cause peuvent aggraver les peines, mais n'en changent point la nature.]]

[[Ces principes sont surtout développés avec une grande force dans l'exposé des motifs de M. Portalis et dans le rapport présenté à l'assemblée nationale par M. Valette. Ce dernier travail, également remarquable par la puissance des arguments et par la lucidité et l'éclat de la forme, fixe d'une manière définitive les vrais principes de

[1] et [2] Du duel considéré dans ses origines et dans l'état actuel des mœurs, t. 2, p. 19, 85 et 99.

la matière [1]. Le projet élaboré par ce rapport posait en thèse que « le duel est un délit. » Il punissait de peines légères « toute provocation en duel, tout outrage ou injure contenant une provocation, l'imputation faite publiquement à une personne de n'avoir pas proposé ou d'avoir refusé un duel. » Il mesurait l'emprisonnement dans les limites de 15 jours à 5 ans, et l'amende dans les limites de 50 fr. à 5,000 fr., suivant que le duel n'avait eu aucun résultat, qu'il avait été suivi de blessures, qu'il avait été suivi de mort. Il n'incriminait les témoins comme complices qu'autant qu'ils avaient provoqué ou excité le duel. Il permettait encore l'interdiction locale et la suspension des droits civils. Ce projet, consciencieusement étudié, est demeuré pour ainsi dire à la disposition du législateur, qui ne pourrait assurément rien faire de mieux que de reprendre l'œuvre du savant professeur de la faculté de droit et de se l'approprier. Il n'est qu'un point, celui de la compétence, qui pourrait donner lieu à quelque discussion. M. Portalis confiait au jury le soin de concilier les lois et les mœurs; le projet de 1850 soumet le duel, à titre de délit, à la police correctionnelle]]

1156. Enfin, les législations étrangères viennent apporter une dernière sanction à nos observations. Les peuples qui ont incriminé le duel en ont fait l'objet de dispositions spéciales, différentes de celles qu'ils appliquaient aux attentats ordinaires. On trouve des dispositions semblables dans les lois des États de l'Amérique du Nord. La première de ces lois, dans l'ordre chronologique, fut votée par l'État de Massachussets, auteur d'un régime colonial, et a été remise en vigueur par deux promulgations successives, l'une en 1784, l'autre en 1805. D'après ses termes, toute personne convaincue d'avoir pris part d'une manière quelconque à un duel est suspendue de ses droits politiques pendant vingt ans, et le corps de l'individu tombé dans le combat est abandonné aux gens de l'art pour être disséqué. Des dispositions plus sévères ont été portées par les *Revised statutes of the state of New-York*, décrétés le 10 décembre 1828. La provocation et tout acte de complicité au duel sont punis d'un em-

[1] Revue de législation, 1857, p. 414; 1858, p. 27.

prisonnement qui peut s'élever jusqu'à sept années; le duel suivi de blessures est puni d'un emprisonnement qui n'excède pas dix années; enfin le duel commis de propos délibéré et suivi de mort est considéré et poursuivi comme un meurtre [1]. Les lois des États de Pensylvanie, de New-Jersey, de Maryland et de Jernesey ont quelque analogie avec celles de New-York; toutefois elles entrent dans plus de détails que celles-ci, et les peines qu'elles prononcent sont moins graves; elles ont été, du reste, reproduites, quoique avec de grandes modifications, par M. Livingston dans son code de la Louisiane : ce législateur a suivi le duel dans toutes ses phases, depuis le fait de la provocation qu'il incrimine avec soin, jusqu'aux différents actes d'exécution. Si le combat a pour résultat des blessures, la peine est un emprisonnement de six mois; s'il a pour résultat la mort, la peine est un emprisonnement de deux à quatre ans, accompagné de la privation des droits politiques et civils [2].

En Allemagne, on trouve dans le code pénal d'Autriche (art. 140 et suiv.), dans l'ord. du roi de Prusse du 20 juillet 1843, et dans les paragraphes 260 et suiv. du nouveau code pénal prussien, dans les codes de Bavière, de Saxe et de Wurtemberg, des dispositions spéciales sur le duel : ces diverses législations, dont nous ne pouvons reproduire ici les détails, posent en principe que l'homicide commis en duel est un crime distinct du crime de meurtre, et le punissent simplement là d'un emprisonnement de quatre années, ici de deux ans seulement [3]. Dans le code de Parme, calqué du reste sur notre code pénal, le duel suivi de mort est puni de la peine de la relégation [4]. Dans les États du Pape, la loi fort rigoureuse fait toutefois cette distinction : le provocateur qui a tué son adversaire est puni de mort, mais le provoqué n'est frappé de la même peine que lorsque 24 heures se sont écoulées depuis la provocation. Nous retrouvons

[1] Revis. statutes, p. 4, ch. 1, tit. 1, § 6; t. 5, § 1, 2, 3; t. 6, § 20.

[2] Code of crime and punishments, l. 2, t. 19, ch. 6.

[3] M. Mittermaïer, Archives du dr. crim. 1834, 3e cahier.

[4] L. 2, c. 5, art. 358 à 365.

cette distinction dans le Digeste russe : le provocateur est considéré comme rebelle à la loi dans le cas même où le duel n'a été suivi d'aucun résultat, et est passible d'une peine qui peut se graduer depuis l'amende jusqu'à la déportation en Sibérie. Si, à la suite du duel, il y a blessure, infirmité ou homicide, le provocateur est puni des peines portées par le code pénal contre tout auteur de blessure, infirmité ou homicide commis avec préméditation. Celui qui provoqué accepte le combat n'est considéré que comme perturbateur de la paix publique, et n'est puni qu'à raison de ce délit [1].

[[La Belgique a fait, à la date du 8 janvier 1841, une loi dans laquelle nous trouvons les dispositions suivantes : « Art. 1er. La provocation en duel sera punie d'un emprisonnement d'un à trois mois, et d'une amende de 100 à 500 francs. — Art. 2. Seront punis de la même peine ceux qui décrient publiquement ou injurient une personne pour avoir refusé un duel. — Art. 3. Celui qui a excité au duel ou celui qui, par une injure quelconque, a donné lieu à la provocation, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 100 à 1,000 francs. — Art. 4. Celui qui, dans un duel, aura fait usage de ses armes contre son adversaire, sans qu'il soit résulté du combat ni homicide ni blessures, sera puni d'un emprisonnement de 2 mois à 18 mois et d'une amende de 200 à 1,500 francs. Celui qui n'aura pas fait usage de ses armes contre son adversaire sera puni des peines comminées par l'article 1er. — Art. 5. Lorsque, dans un duel, l'un des combattants aura donné la mort à son adversaire, le coupable sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 1,000 à 10,000 francs. » La peine est réduite de 6 mois à 3 ans et de 500 francs à 3,000 francs, s'il est résulté du duel des blessures qui aient causé une maladie ou incapacité de travail pendant plus de 20 jours; elle est réduite à un emprisonnement de 3 mois à 2 ans et à une amende de 400 à 2,000 francs, si les blessures n'ont causé aucune maladie ou incapacité (art. 5 et 6). Les témoins ne sont ré-

[1] Manifeste sur les duels publié en 1787 par Catherine; Digeste 14, code préventif, art. 272 à 285, et 15, code pénal, art. 349 à 356.

putés complices que lorsqu'ils ont provoqué ou excité le combat. Ils sont néanmoins passibles d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 100 à 1,000 francs. Les peines peuvent dans tous les cas être réduites à un emprisonnement de 6 jours, et à une amende de 16 francs, en cas de circonstances atténuantes. Les mêmes dispositions ont été adoptées par le nouveau code pénal sarde (art. 588 et suiv.). Elles ont été également consacrées, avec quelques modifications, par le nouveau code pénal espagnol (art. 349 et suiv.).]]

L'Angleterre est à peu près la seule contrée qui ait puisé dans la loi commune les peines qu'elle applique à l'homicide commis en duel. Le duel, en effet, n'y est l'objet d'aucune disposition particulière, et l'on a essayé dès lors, à différentes fois et dans des cas graves, de faire rentrer l'homicide commis par suite du duel dans l'application de la loi commune; mais ces essais ont rarement été suivis du succès, et Blakstone atteste les répugnances du jury à confondre les duellistes avec les assassins [1]. Au surplus, la loi anglaise permet de punir le duel comme meurtre, sans appliquer une peine disproportionnée avec sa gravité. En effet elle compte deux sortes d'homicide : l'assassinat *(murder)*, et l'homicide volontaire *(manslaugther)*. Or cette dernière incrimination, dans laquelle se confondent des faits entièrement distincts, tels que l'homicide commis par suite de provocation, en état de défense légitime, et même par imprudence, laisse au juge la faculté d'appliquer soit la transportation, soit un emprisonnement de quatre années, soit une simple amende. Il est évident qu'une disposition aussi large supplée aux dispositions spéciales que la nature du délit peut exiger.

1137. Il résulte de cet aperçu rapide des législations étrangères que la raison et l'expérience des peuples ont reconnu et proclamé les caractères particuliers du duel, et n'ont essayé de le réprimer qu'en l'incriminant d'une manière distincte et à l'aide de lois spéciales. Notre proposition se fortifie ainsi de toute l'autorité de ces lois, de cet universel assentiment des nations, et nous pouvons répéter avec

[1] Commentaire, ch. de l'homicide.

M. Merlin : « L'homicide commis en duel n'est ni un meurtre ni un assassinat ; c'est un fait distinct, qui a ses caractères spéciaux, et qui ne peut être puni que par une loi particulière. »

Nous sommes arrivés au terme de cette longue discussion : nous la résumerons en peu de mots. L'homicide ou les blessures commis dans un duel, et qui faisaient l'objet, avant 1789, d'une législation spéciale, n'ont point été compris dans les lois pénales qui furent établies à cette époque, soit qu'en abolissant la noblesse, l'assemblée constituante ait pu croire que le point d'honneur, source la plus féconde du duel, serait détruit, soit qu'elle ait compté sur les progrès de la raison publique pour détruire cette fatale coutume que n'avait pu déraciner la rigueur des édits. Nous avons suivi pas à pas la marche de la législation, et nous avons saisi partout la trace de cette pensée. Ce n'était pas assez; le code pénal de 1810 avait imité le silence du code de 1792; et il ne suffisait pas de signaler cette lacune, il fallait rechercher les caractères du duel, et les rapprocher des crimes communs avec lesquels on prétendait le confondre. Nous avons successivement prouvé que le duel exclut l'intention criminelle, le dol qui forme l'élément essentiel du meurtre ou de l'assassinat; qu'il constitue, par les circonstances qui l'accompagnent, un fait entièrement distinct de ces crimes; que les dispositions du code repoussent cette application, puisqu'il en résulterait de choquantes anomalies, des contradictions évidentes. Nous avons enfin mis en lumière les actes multipliés du législateur qui, intervenus depuis la promulgation du code, ont dévoilé sans cesse cette invariable opinion que le duel n'est pas compris dans les dispositions du code, et que ses peines ne peuvent lui être appliquées.

§ VII.

De l'empoisonnement.

1138. L'empoisonnement est un véritable assassinat. S'il n'est pas compris dans l'incrimination de ce dernier crime, c'est qu'il était

nécessaire d'en préciser les caractères, d'en faire connaître les éléments; mais si les moyens d'exécution diffèrent, le but est le même, et les deux actions sont empreintes d'une égale criminalité.

L'empoisonnement révèle même une perversité peut-être plus intense. « La trahison que renferme ce crime, dit Muyart de Vouglans, et l'espèce d'impossibilité qu'il y a de s'en garantir, parce qu'il est souvent administré par ceux qui nous approchent de plus près et dont on croit avoir moins lieu de se défier, le rend sans contredit des plus graves et des plus punissables[1]. » La loi romaine le plaçait dans l'ordre des crimes au-dessus de celui qui se commet par le glaive : *plùs est hominem extinguere veneno quàm occidere gladio*[2]; et cette pensée fut développée, lors de la rédaction du code, par l'orateur du corps législatif : « Le projet de la loi, disait-il, assimile justement à l'assassinat le crime d'empoisonnement. Ce dernier est même plus redoutable dans ses effets, puisqu'il enveloppe souvent une famille dans les apprêts de mort dirigés contre un seul de ses membres. Il est plus dangereux dans ses moyens, par la multiplicité des combinaisons meurtrières que l'homme a inventées ou qu'il a dérobées à la nature, par la facilité de préparer, de consommer l'attentat, et de cacher la trace de son auteur. »

1139. Un grand nombre de législations, dominées par ces observations, ne se sont pas bornées à appliquer la peine de mort à l'empoisonnement; elles en ont aggravé le supplice. Notre ancienne jurisprudence avait considéré la peine de la roue comme trop douce pour ce crime; elle ne la prononçait que rarement[3]. La plupart des arrêts des cours de parlements, rendus dans des cas d'empoisonnement, condamnaient les coupables à être brûlés vifs[4]. Le code de 1791 voulait que le condamné fût conduit au supplice vêtu d'une chemise

[1] Lois crim., p. 186.

[2] L. 1, C. de malef. et mathem.

[3] *Voy.* l'arrêt rendu le 16 juill. 1676 contre la dame de Brinvilliers.

[4] *Voy.* les arrêts de sept. 1764 contre Roy de Valine; du 3 mars 1732 contre Eugénie Picq; du 15 déc. 1732 contre Marie Texier; du 7 octobre 1734 contre Pierre Guet, etc.

rouge. L'article 856 de l'ancien code de Prusse prescrivait encore qu'il fût traîné sur une claie jusqu'au lieu de l'exécution Les lois pénales de Naples ordonnent le transport du condamné sur le lieu de l'exécution, les pieds nus, vêtu de noir, et avec un voile sur le visage (art. 6 et 352). L'article 302 du code pénal n'a point imité ces inutiles cruautés; il porte simplement : « Tout coupable d'assassinat, de parricide, d'infanticide et d'*empoisonnement*, sera puni de mort » Cette peine fléchit même et s'abaisse, lorsque le crime peut alléguer quelques circonstances de nature à tempérer sa gravité.

Mais quand y a-t-il empoisonnement? Quels sont les éléments de ce crime? Cette question difficile n'avait été resolue ni par l'article 5 de l'édit de juillet 1682, qui définissait l'empoisonnement l'attentat à la vie d'une personne par vénéfice et poison, ni par l'article 12 du titre 2 du code de 1791, qui portait avec plus de brièveté encore : « L'homicide commis volontairement par poison sera qualifié de crime d'empoisonnement. » Ces vagues incriminations avaient donné lieu à des difficultés sans cesse renaissantes, et c'est pour les faire cesser que le législateur s'est efforcé de fixer avec plus de précision dans notre code les caractères de ce crime.

L'article 301 est ainsi conçu : « Est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites. »

1140. Il résulte de cette définition que deux conditions sont exigées par la loi pour l'existence du crime : la première, c'est qu'il y ait attentat à la vie, c'est-à-dire volonté de porter atteinte à la vie d'une personne, suivie de l'exécution consommée ou seulement tentée de ce dessein ; la deuxième, c'est que l'attentat ait eu lieu au moyen d'une substance capable de donner la mort, d'après la manière et sous la forme qui ont servi à l'administrer. Ces deux éléments exigent des explications.

Il est évident, en premier lieu, que l'attentat à la vie suppose la volonté de tuer, car il ne peut y avoir de crime sans qu'il y ait eu

volonté de le commettre. Cette observation vulgaire n'est point inutile ici, car les personnes qui emploient les poisons n'en connaissent pas toujours la puissance, et il serait injuste de leur imputer un événement accidentel qu'elles n'avaient pu prévoir. Un médecin administre à un malade, comme médicament, une substance vénéneuse à une dose très-forte et hors des règles de son art : si la mort est le résultat de cette prescription, il pourra justement être taxé d'impéritie et d'ignorance ; mais il n'y aura pas d'empoisonnement, car il n'y aura pas eu intention de porter atteinte à la vie. Prenons un autre exemple : une femme, pour empêcher son mari de faire un voyage qui l'afflige, lui administre une substance qui, dans sa pensée, doit lui occasionner une légère maladie, et qui lui cause la mort ; cette femme sera coupable sans doute, mais d'un autre crime que celui d'empoisonnement, car elle n'avait pas eu la volonté d'attenter à la vie de son mari.

1141. La volonté de donner la mort par le poison suppose implicitement la préméditation : car l'exécution du crime exige des préparatifs et des combinaisons qui révèlent un dessein réfléchi. Muyart de Vouglans définissait, en conséquence, l'empoisonnement : « le crime de ceux qui, *de propos délibéré*, attentent à la vie d'autrui par poison. » Les rédacteurs du code ont jugé inutile de répéter cette condition du crime, parce qu'ils pensaient qu'elle en était inséparable : « Le crime d'empoisonnement, porte l'exposé des motifs, est un véritable assassinat, car il suppose nécessairement un dessein antérieur. »

La cour de cassation a décidé, d'après ce principe, que la déclaration du jury portant que l'accusé est coupable d'empoisonnement volontaire sans préméditation est contradictoire : « attendu que, s'agissant du crime d'empoisonnement, la question de préméditation n'eût pas dû être posée, puisque la loi n'a fait la distinction relative à la préméditation qu'à l'égard des homicides simples ; que dans l'espèce, où les deux circonstances de la volonté et de la préméditation étaient inséparables par la nature du fait, et où il était impossible que l'accusé eût apporté de l'arsenic et l'eût mêlé aux aliments

destinés pour son père, sans qu'il y eût préméditation, ces deux réponses établissent une contradiction dans la déclaration du jury qui l'anéantit[1]. »

Cependant, si l'empoisonnement suppose naturellement la préméditation, cette circonstance n'est point de l'essence de ce fait. « Il n'est pas difficile, dit M. Rossi, de se représenter un empoisonnement sans préméditation dans l'acte d'un domestique qui, gravement provoqué par son maître au moment où il allait lui présenter une potion, et trouvant sous sa main la substance dont une dose exagérée peut causer la mort, jetterait dans la coupe ce qui était destiné à être pris dans cinq ou six jours[2]. » Cet exemple est pris, à la vérité, dans des faits que le hasard combine rarement entre eux ; il prouve néanmoins que la préméditation est la règle générale, elle domine le plus souvent l'accusation ; mais l'exception est possible, quoique la loi ne l'ait pas prévue : elle ne s'est occupée que des faits les plus fréquents, elle les a généralisés, elle en a fait la base d'une disposition uniforme dont l'application peut consacrer de graves erreurs. Le seul moyen que le juge possède pour les pallier est dans la déclaration des circonstances atténuantes ; moyen insuffisant, mais qui permet, sinon de proportionner la peine au délit reconnu, du moins de l'abaisser.

1142. Ces premiers points posés, nous allons suivre la marche et les progrès de l'attentat, en appréciant à chaque pas la criminalité de l'agent et les caractères de son action. Nous constaterons ainsi successivement les actes préparatoires, le commencement d'exécution, et les actes qui constituent soit la tentative, soit la consommation de l'empoisonnement.

« Celui qui a conçu le dessein d'un empoisonnement, disait l'orateur du corps législatif, n'est pas coupable aux yeux de la loi : la morale l'accuse et le condamne, la justice ne peut lui demander compte de sa pensée ; mais si celle-ci se manifeste par des faits, la

[1] Cass. 26 vend. an XIV, Bull. n° 219.

[2] Traité de dr. pén., t. 2, p. 118.

loi s'en saisit, elle les caractérise. » Quels sont ces faits qui tombent dans le domaine de la loi? Il faut nous reporter à l'article 2 de notre code; il faut distinguer les faits extérieurs et les faits d'exécution.

« Concerter l'empoisonnement d'une personne, a dit M. Rossi, acheter du poison, le confier à l'individu chargé de l'administrer, ce n'est encore que préparer l'empoisonnement, il n'y a pas encore commencement d'exécution [1]. » En effet, ces actes ont pour objet de faciliter l'accomplissement de la pensée criminelle, mais ils précèdent l'exécution même du crime; ils ne le commencent pas, ils ne manifestent qu'un projet; aucun des actes dont l'ensemble constitue le crime n'est encore accompli [2].

Ce principe est si vrai qu'il a triomphé du texte même de la loi romaine. La loi 3, Dig. *ad leg. Cornel. de sicariis*, portait ces termes absolus : *Qui venenum necandi hominis causâ fecerit, vel vendiderit, vel habuerit, plectetur.* Il résultait bien de ces termes que le seul fait de vente ou d'achat de poison, accompagné d'une résolution criminelle, suffisait pour constituer le crime. Cependant les commentateurs ont lutté contre cette interprétation rigoureuse. Ménochius a proposé, après Baldus, une distinction fondée sur l'usage ou le non-usage du poison : *Cùm iste qui tentat veneno necare, venenum emit, sed non propinavit, vel impeditus, vel pœnitentiâ ductus, solùm puniri debet extrà ordinem arbitrio judicis, quoniam is ad actum remotum tantùm processit* [3]. Cette peine extraordinaire était une simple amende. Farinacius reproduit cette distinction en l'adoptant [4]. Jousse suit l'opinion de ces docteurs : « Il faut cependant observer, dit-il, à l'égard de ceux qui préparent et apprêtent ou disposent du poison pour empoisonner quelqu'un, ou qui en achètent dans la même intention, qu'ils ne doivent être punis de la

[1] Traité du dr. pén., t. 2, p. 301.

[2] *Voy.* notre t. 1er, nos 167 et suiv.

[3] De arbit. jud. casu 360, num. 47.

[4] Quæst. 122, num. 40.

peine de mort que lorsqu'ils réduisent leur dessein en acte, en faisant quelque chose qui puisse tendre à causer la mort [1]. »

Cette décision a été appliquée dans un procès célèbre, celui de la femme Levaillant. Il résultait des débats que l'accusée avait formé le dessein d'empoisonner sa belle-mère, qu'elle avait gagné à prix d'argent un domestique de celle-ci, et que, dans un entretien secret avec le domestique, elle lui avait remis une boîte contenant le poison dont il devait se servir; puis, que tout à coup, soit qu'elle eût entendu quelque bruit causé par des témoins que l'on avait apostés, soit qu'elle eût changé de résolution, elle s'était écriée : « Rendez-moi la boîte, je renonce à tout. » Ces faits ont donné lieu à de longs débats Ne constituaient-ils que des faits extérieurs? Était-ce un sentiment libre et spontané qui avait dicté la rétractation? Cette dernière question, qui gisait toute dans le fait, fut décidée négativement; mais le jury déclara que les actes constatés aux débats ne constituaient pas le commencement d'exécution du crime, et que l'achat du poison, le salaire donné à l'agent, la remise même du poison à cet agent, ne formaient que des préparatifs du crime. Cette déclaration fut suivie de l'acquittement de l'accusée [2].

1143. Le premier acte d'exécution est le mélange du poison dans les aliments destinés à la victime. « Le poison est versé, a dit encore M. Rossi, on va le présenter à la victime; nous n'hésitons pas à affirmer qu'il y a tentative, et qu'elle dure tant que le coupable est encore en état d'empêcher la consommation du crime, ou qu'un événement quelconque peut la suspendre [3]. » En effet, la tentative est le commencement d'exécution : or l'exécution est évidemment commencée quand le poison a été préparé et jeté dans les aliments qui doivent servir à la personne qu'on veut empoisonner; car il ne reste plus pour consommer le crime que l'usage qui doit être fait de ces

[1] Traité de la jus. crim., t. 4, p. 43.

[2] Arr. cour d'assises de la Seine du 11 mai 1811, Sirey, t. 11, 2, 410.

[3] Traité du dr. pén., t. 2, p. 301.

aliments jusqu'à ce que le poison soit avalé; l'agent qui l'a mis à la portée de celui qu'il veut empoisonner peut, saisi de repentir, revenir encore sur ses pas et effacer son crime en détruisant l'instrument.

Le code de 1791 contenait à cet égard une disposition expresse : « Si toutefois, avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des aliments et breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêtait l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté. » Si cet article n'a point été reproduit dans le code pénal, c'est que l'article 2 le rendait complétement inutile; l'exposé des motifs s'est exprimé clairement à ce sujet. « Cette disposition, a dit M. Faure, était nécessaire lorsqu'elle fut adoptée, parce qu'alors il n'existait aucune loi contre les tentatives de ce crime. Mais l'article 2 du nouveau code, qui les prévoit et les définit, annonce assez qu'aucune de ces tentatives ne sera considérée comme le crime même, lorsqu'elle aura été arrêtée par la volonté de l'auteur, et non par des circonstances fortuites et indépendantes de sa volonté. »

Nous appliquerons cette règle à un exemple. Un individu jette des substances vénéneuses dans une fontaine dans laquelle il présume que la personne qu'il veut empoisonner viendra puiser. Ce fait constitue évidemment une tentative d'empoisonnement. Le poison est préparé, la personne à laquelle il est destiné peut à tout moment en être victime. Telle paraît être aussi la décision d'un arrêt de la cour de cassation cité par Carnot [1], et telle était aussi l'opinion des anciens auteurs: *Invenenant fontem seu puteum qui tenentur de homicidio si aliquis ex illâ aquâ perierit; morte alicujus non secutâ, non intrat pœna ordinaria mortis* [2]. Si donc l'agent, abjurant sa résolution, vient prévenir la personne dont il voulait la mort, avant qu'elle se soit servie de l'eau empoisonnée, le crime qui n'était que préparé s'évanouit; le repentir était puissant encore, il efface la

[1] Cass. 7 juillet 1814, cité par Carnot, Comment. du code pénal, sur l'art. 301.

[2] Farinacius, quæst. 122, num. 12.

criminalité de la tentative. Mais si dans cet intervalle une autre personne avait puisé de l'eau dans la source, et avait succombé aux atteintes du poison, le crime se trouvant consommé à son égard, l'agent devrait supporter les conséquences de son action.

1144. Dès que le poison est avalé, dès qu'il a été involontairement employé ou administré, le crime est légalement consommé; il ne reste, en effet, plus rien à faire à l'agent, l'action criminelle est accomplie; elle ne changera point de nature, quelles que soient les suites de l'attentat. « L'empoisonneur est toujours présumé avoir voulu donner la mort, alors même que le défaut de quantité ou de qualité des substances délétères, la force du tempérament, les secours de l'art, ou d'autres circonstances étrangères au coupable, ont sauvé l'objet de son crime [1]. » Ainsi, que par une circonstance quelconque, un médicament que l'homme empoisonné devait prendre, à la même heure, à l'insu de l'empoisonneur, le poison soit neutralisé, le crime n'a pas d'effet; mais il reste le même aux yeux de la loi, comme à ceux de la conscience. Que, dans une autre hypothèse, un homme, après avoir mis le poison à la portée de celui qu'il veut empoisonner et s'être éloigné, revienne tout à coup sur ses pas, saisi par les remords ou la crainte, pour empêcher la consommation du crime, et trouve que la potion fatale a déjà porté la mort dans les entrailles de la victime; le mourant peut lui pardonner, la justice humaine le condamne [2].

1145. Cependant, si l'empoisonneur a lui-même prévenu l'effet de son crime; si, après avoir laissé la personne à la vie de laquelle il voulait attenter, prendre les aliments empoisonnés, il lui a administré de son propre mouvement, et saisi par le repentir, un antidote qu'il l'a sauvée, sera-t-il coupable du crime? M. Monseignat, dans son rapport au corps législatif, s'exprime en ces termes : « L'assemblée constituante avait proclamé dans son code pénal la rémission de toute peine pour l'empoisonneur qui arrêterait ou préviendrait volon-

[1] Discours de M. Monseignat au corps législatif. Locré, 30, p. 181.
[2] M. Rossi, Traité de dr. pén., t. 3, p. 37.

tairement les effets du poison. Les rédacteurs du nouveau projet n'ont pas méconnu l'utilité de cette disposition, quoiqu'ils ne l'aient pas énoncée dans le titre qui nous occupe; elle se trouve dans un article préliminaire qui a déjà obtenu votre sanction (art. 2, code pénal)... Il était donc inutile de rappeler, dans l'espèce de l'empoisonnement, un principe qui, par sa généralité, s'adapte à tous les crimes; et toutes les fois que l'empoisonneur aura volontairement et librement prévenu l'effet du poison, la société se félicitera de ne voir ni condamné ni victime [1]. »

Cette opinion, quoique exprimée par un membre de la commission de législation, n'est point fondée, et d'abord elle repose sur une erreur matérielle. Le code pénal de 1791 ne déclarait nullement que l'empoisonneur qui aurait arrêté lui-même les effets du poison ne serait l'objet d'aucune poursuite; il se bornait à prescrire que : « si avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêtait l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé serait acquitté [2]. » Il est évident, et chaque terme de cet article en est une preuve, que le législateur de 1791 n'a voulu prévoir que le cas où l'empoisonnement n'est pas encore effectué, où l'attentat n'est pas encore accompli, en un mot, le cas où la personne n'a pas encore pris les aliments ou les breuvages empoisonnés. Jusque-là, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, l'action n'est qu'une simple tentative; elle peut être suspendue ou interrompue, soit par des circonstances fortuites, soit par la volonté de l'auteur; le changement de cette volonté, manifesté par la suppression des aliments, fait donc disparaître le crime; et cette circonstance avait dû, dans le code de 1791, faire l'objet d'une disposition particulière, parce que ce code ne contenait pas, comme

[1] Rapport de la commission du corps législatif. Locré, t. 30, p. 501 et 502.

[2] Art. 16 de la première section du titre 2, 2e partie, code du 25 sept.-6 oct. 1791.

celui de 1810, une disposition générale sur la tentative des crimes. M. Monseignat s'est donc trompé en citant le code de 1791; mais son opinion ne pourrait d'ailleurs être adoptée en présence de l'art. 2 du code pénal. En effet, cet article ne s'applique qu'à la tentative qui ne s'est manifestée que par un commencement d'exécution, et dont l'effet a été manqué. Or, lorsque l'agent a fait prendre le poison à la personne qu'il voulait empoisonner, l'action est entièrement exécutée, le crime est légalement consommé; il n'y a plus seulement tentative, mais exécution complète; le désistement volontaire n'a plus d'effet aux yeux de la loi; car il ne saurait plus arrêter un acte qui se trouve pleinement accompli.

Le repentir de l'agent, les actes auxquels il se livre pour arracher sa victime à la mort, seront sans doute des circonstances atténuantes de son crime; mais ce crime est légalement complet, d'après les termes clairs et précis de l'article 301, par l'attentat à la vie d'une personne, commis en lui administrant volontairement des substances délétères, quelles qu'en soient les suites. Telle est aussi l'opinion qui a été émise sur cette question par M. le professeur Haus [1].

Il résulte des observations qui précèdent que le premier élément du crime d'empoisonnement est l'attentat à la vie; que cet attentat consiste dans la volonté de donner la mort à une personne à l'aide du poison, suivi d'un acte d'exécution; que la volonté entraîne nécessairement et implicitement la préméditation, à raison des préparatifs qu'exige l'empoisonnement; qu'il faut séparer avec soin les actes extérieurs qui forment les préparatifs, et les actes d'exécution qui constituent le crime lui-même ou la tentative de ce crime; que le premier acte d'exécution est le mélange du poison aux aliments, et que le crime est pleinement consommé au moment où le poison passe dans les entrailles de la victime, quelles qu'en soient d'ailleurs les suites. Nous arrivons au deuxième élément du crime.

1146. Cet élément, formellement défini par la loi, est que l'at-

[1] Observations sur le projet du code pénal présenté aux chambres belges, t. 3, p. 194.

tentat à la vie ait eu lieu par l'effet d'une substance capable de donner la mort, c'est-à-dire une substance qui pouvait donner la mort, d'après la manière dont elle a été administrée et dans la forme sous laquelle elle a été donnée. De là plusieurs conséquences importantes.

Une substance vénéneuse peut être administrée avec l'intention de donner la mort; mais s'il est constaté que cette substance n'avait pas la puissance de la donner, cette action pourra, suivant les effets qu'elle aura produits, constituer un autre délit, mais cessera de former le crime d'empoisonnement. Cette disposition n'est que l'application d'une règle générale en matière d'incrimination. Il ne suffit pas, en effet, pour constituer l'empoisonnement, comme le meurtre et l'assassinat, de la volonté de donner la mort; il est nécessaire qu'un acte matériel d'homicide concoure avec cette volonté. Or, si la substance administrée se trouve, même à l'insu de l'agent, inoffensive, le fait matériel disparaît; il ne reste plus qu'une intention criminelle plus ou moins certaine, et qui échappe à l'actiou de la loi pénale. Un savant médecin, M. Marc, s'est donc trompé lorsqu'il a dit : « Pourquoi cette indulgence à l'égard du plus atroce des attentats ? L'assassin dont, par un heureux hasard, le crime rencontre un corps intermédiaire qui garantit la victime, n'en est pas moins puni, tandis que l'empoisonneur, trompé par son ignorance dans le choix des moyens, rentre dans la société sans même être passible de la plus légère infliction [1]. » Entre ces deux hypothèses il n'existe aucune analogie : là, le corps du délit est constaté, c'est un crime manqué; ici, ce n'est pas même un commencement d'exécution du crime, puisque l'acte ne pouvait pas nuire. L'analogie existerait peut-être si l'assassin s'était servi d'un pistolet non chargé ou d'un poignard dépourvu de lame, et alors, le fait matériel d'exécution disparaissant aussi, le crime cesserait d'exister. Au reste, il est vrai que l'article 301 laissait comme lacune le cas où la substance, sans être capable de donner la mort, pouvait toutefois causer quelque maladie; mais cette lacune a été remplie par le deuxième paragra-

[1] Annales d'hygiène et de médecine légale, juillet 1830.

phe ajouté à l'article 317 par la loi du 28 avril 1832; cette disposition nouvelle, que nous examinerons au chapitre *des coups et blessures*, confirme d'ailleurs le principe de l'article 301, puisque dès que les substances sont seulement nuisibles à la santé, sans être de nature à donner la mort, l'action même commise avec l'intention de tuer devient l'objet d'une incrimination différente et d'une autre pénalité.

Ainsi, lorsqu'une substance capable de déterminer la mort a été mélangée à une autre substance qui a neutralisé l'effet du poison, celui qui a administré cette mixtion, même avec l'intention d'attenter à la vie d'une personne, n'est coupable ni du crime d'empoisonnement, ni de la tentative de ce crime. Cette question fut ainsi jugée par la cour spéciale du Tarn, dans une espèce où une certaine dose d'acide sulfurique mélangée avec du vin avait été offerte par un mari à sa femme qui en avait bu. Il fut établi que cet acide ainsi mélangé avait cessé d'être un poison, et l'accusé fut acquitté. Le ministère public se pourvut en cassation, mais son recours fut rejeté [1].

Prenons un autre exemple. Un malfaiteur fait entrer du verre pilé dans un mets, dans le but d'empoisonner les personnes auxquelles il est destiné; mais le verre pilé, que la médecine a rangé pendant longtemps parmi les poisons, n'en a aucun des caractères, ainsi que la science l'a démontré [2]; cette substance ne peut être considérée que comme un agent mécanique, dont l'action est d'autant moins nuisible qu'il a été mieux pulvérisé. Ainsi cette action, quelque criminelle qu'elle soit, ne constituera pas le crime d'empoisonnement.

1147. Toutefois cette règle reçoit certaines limites. Elle en reçoit d'abord du hasard même des faits. Une substance non vénéneuse, considérée comme vénéneuse par le meurtrier, pourrait être regardée

[1] Bourguignon, Jurisp. des cours crim., t. 3, p. 271. — L'arrêt est à la date du 20 novembre 1812; il a été rendu un second arrêt conforme, le 4 févr. 1814 (aff. Verazuzzi).

[2] Médecine légale, par Devergie, t. 2, p. 426.

comme capable de donner la mort, si par l'effet du hasard elle a été incorporée à un véhicule qui l'a transformée en une substance vénéneuse. On cite l'exemple suivant : Un individu met de l'antimoine métallique en poudre dans du vin : cette substance prise de suite ne serait pas nuisible; mais il ne trouve pas l'occasion de faire prendre immédiatement ce mélange à la personne qu'il veut empoisonner; l'antimoine se transforme peu à peu en une matière vénéneuse : il y a dès lors crime d'empoisonnement, parce que la substance a été capable de donner la mort au moment où elle a été administrée.

Il paraît résulter ensuite de la jurisprudence de la cour de cassation que le crime existe dans le cas même où la substance, capable par sa nature de donner la mort, n'a pas été administrée en quantité suffisante pour la causer. « Il suffit, dit Bourguignon qui cite deux arrêts dont nous n'avons trouvé nulle part le texte, il suffit que les substances soient *mortifères*, c'est-à-dire de nature à pouvoir donner la mort, en sorte qu'il n'est pas nécessaire d'interroger le jury sur le point de savoir si la quantité était suffisante [1]. » Les termes de l'article 301 se prêteraient difficilement à cette rigoureuse interprétation; ils exigent, en effet, que l'attentat à la vie ait été causé par l'effet des substances *qui peuvent donner la mort;* il ne suffit donc pas que les substances administrées soient d'une nature *mortifère*, il faut qu'elles aient par elles-mêmes la puissance de donner la mort. Autrement il suffirait d'une dose minime d'un poison pour constituer la tentative du crime d'empoisonnement. Au reste, on doit présumer que la cour de cassation, si les termes de ses arrêts ont été exactement interprétés, aura été influencée par l'impunité dont l'empoisonneur eût joui, dès que la dose du poison eût été insuffisante pour donner la mort : cette impunité n'existerait plus aujourd'hui, puisque l'article 317, suppléant au silence de l'article 301, prévoit et punit maintenant l'empoisonnement lorsqu'il ne cause qu'une simple maladie.

[1] Jurisp. des cours crim., t. 3, p. 272; cass. 26 nov. 1812 et 7 juillet 1814.

1148. Une question a été soulevée dans la pratique. La science a observé qu'une substance administrée à très-petites doses, et dont chaque dose ne peut, isolée, causer la mort, peut cependant la produire lorsque les prises se répètent pendant un certain nombre de jours. Cette sorte d'empoisonnement, d'autant plus dangereux qu'il simule les effets et le cours d'une maladie, peut donner lieu à quelques difficultés; ces difficultés consistent uniquement dans les moyens de le constater lorsque la mort a suivi. Mais si l'empoisonnement a été découvert avant qu'il ait pu la causer, il nous semble que le fait dont il s'agit pourrait constituer une tentative du crime, pourvu qu'il fût constaté que l'agent avait le dessein de donner la mort, qu'il avait déjà administré plusieurs doses, et qu'une certaine quantité de ces doses pouvait être mortelle.

1149. Les substances vénéneuses qui peuvent donner la mort n'ont été ni énumérées ni déterminées par la loi. Dans le langage légal, le poison est toute substance qui peut donner la mort plus ou moins promptement. La toxicologie a substitué à cette définition trop vague des explications qui ne peuvent aider beaucoup la pratique. « Les modernes, dit Fodéré, désignent sous le nom de poison toute substance qui, prise intérieurement ou appliquée de quelque manière que ce soit sur un corps vivant, est capable d'éteindre les fonctions vitales, ou de mettre les parties solides ou fluides hors d'état de continuer la vie[1]. »

Suivant cet auteur, il faut définir les poisons : des substances reconnues par les médecins comme propres à altérer et à éteindre, dans le plus grand nombre des cas, les fonctions destinées à entretenir l'exercice de la vie, toutes ensemble ou séparément. M. Orfila a donné une autre définition : « On doit considérer comme poison tout corps qui détruit la santé ou anéantit entièrement la vie, lorsqu'il est pris intérieurement, ou appliqué de quelque manière que ce soit sur un corps vivant et à petite dose[2]. » Enfin M. Devergie s'ex-

[1] Médecine légale, t. 8, p. 449.
[2] Médecine légale, t. 3, p. 9, éd. de 1836.

prime en ces termes : « On désigne sous le nom de poison toute substance qui, prise à l'intérieur ou appliquée à l'extérieur du corps de l'homme, mais à petite dose, est capable d'altérer la santé ou de détruire la vie sans agir mécaniquement [1]. » Il est évident que ces différentes définitions, exactes sans doute au point de vue scientifique, sont insuffisantes pour suppléer au silence de la loi : d'abord, parce qu'elles confondent les substances nuisibles à la santé et les substances qui peuvent donner la mort ; ensuite, parce qu'elles n'indiquent point les signes caractéristiques de ces dernières substances. Il eût été important surtout d'établir entre le poison et le médicament une limite bien tranchée. « Cela est impossible, dit M. Devergie ; le but qu'on se propose est, dans bien des cas, la seule chose qui distingue ces deux genres d'agents. Un médicament est une substance qui doit tendre à modifier en bien l'état de maladie ; le poison, au contraire, modifie en mal ou détruit même l'état de santé. Mais, dans la plupart des cas, ce sont les mêmes substances que l'on emploie, et elles ne se distinguent que par la dose à laquelle on les administre et les circonstances dans lesquelles on les emploie [2]. » La question de savoir si telle substance était de nature à donner la mort est donc une question de fait qui ne doit jamais être résolue, sans que les hommes spéciaux, voués à l'étude de cette partie de la science, l'aient éclairée par leur examen.

1150. Mais, après cet examen, à quels juges appartient la décision ? Nous n'aurions point posé cette question, si nous n'avions lu dans M. Carnot ces lignes : « Ce n'est pas à des jurés qu'il peut appartenir de décider si telle ou telle substance est vénéneuse ou non. Le seul point qui rentre dans leurs attributions est de décider si telles ou telles substances ont été employées ou administrées, sauf aux juges du droit à en apprécier le véritable caractère [3]. »

Cette opinion erronée a déjà été réfutée par M. Bourguignon :

[1] Médecine légale théor. et prat., t. 2, p. 430.
[2] Médecine légale théor. et prat., t. 2, p. 431.
[3] Comm. du cod. pén., art. 301, obs. nº 5.

« Les substances vénéneuses qui peuvent donner la mort, a dit cet auteur, n'étant énumérées ni déterminées par aucune loi, leur caractère ne peut donner lieu à une question de droit. Si on renvoyait cette question aux juges du droit, ils ne pourraient la résoudre qu'en appréciant les indices résultant de l'instruction, et non les règles du droit ni la loi. Qu'arrive-t-il lorsque la qualité de la substance est contestée ? Le ministère public fait appeler des chimistes ou des pharmaciens qui en font au besoin l'analyse et qui donnent des éclaircissements d'après lesquels le point de fait doit être résolu comme tous les autres, car la malignité de la substance employée ne doit être considérée que comme un point de fait. Si l'on néglige d'appeler des gens de l'art, ou si leurs déclarations laissent la question incertaine, le jury répond négativement [1]. » Ces observations sont sans réplique, et il serait inutile d'y rien ajouter. Nous citerons seulement un arrêt de la cour de cassation qui les a pleinement confirmées dans une espèce où la question était exactement la même, quoique la prévention ne portât que sur un empoisonnement d'animaux. Cet arrêt casse un jugement qui avait refusé de poser au jury une question relative à la nature de la substance : « attendu que l'accusé avait fondé sa défense sur ce que la saumure d'anchois n'était pas un poison pour les moutons; que cette défense présentait à décider une question dont la réponse négative aurait détruit la prévention du crime d'empoisonnement ; qu'elle devait être conséquemment présentée au jury, qui y aurait répondu d'après les lumières et la conviction que lui auraient données les rapports des experts chimistes, ou leur audition aux débats [2]. »

Mais, en appréciant cette question de fait, les magistrats et les jurés ne doivent pas perdre de vue que c'est seulement sur les rapports des hommes de l'art qu'ils peuvent la décider, et que les preuves doivent se puiser dans deux ordres de faits qui se rapportent à l'existence matérielle du poison et aux symptômes morbides qui en

[1] Jurisp. des cours crim., t. 3, p. 272.
[2] Cass. 17 juin 1810, Sir. 11. 1. 123.

sont le résultat. « Pour affirmer qu'il y a eu empoisonnement, a dit M. Orfila, l'homme de l'art doit démontrer l'existence du poison à l'aide d'expériences chimiques rigoureuses ou de certains caractères botaniques ou zoologiques. S'il ne peut pas y parvenir, et qu'il ait cependant observé des symptômes et des altérations organiques semblables à ceux que produisent les substances vénéneuses, il peut établir la probabilité de l'empoisonnement [1]. » M. Devergie a fait remarquer toutefois que ce principe général ainsi isolé peut avoir quelques inconvénients; qu'il tend à faire regarder comme secondaires les symptômes et les altérations pathologiques qui accompagnent l'introduction de la substance vénéneuse, et à considérer l'empoisonnement comme suffisamment prouvé lorsqu'une matière vénéneuse aurait été trouvée dans l'estomac, tandis qu'elle aurait pu y être introduite après la mort. « La démonstration de l'existence d'un poison, dit M. Devergie, ne prouve l'empoisonnement qu'autant que l'individu que l'on suppose empoisonné a offert les symptômes et les altérations morbides qui sont aussi nécessaires à l'affirmation de l'empoisonnement que le poison lui-même [2] ». Ces observations signalent avec clarté les preuves qui doivent être exigées en cette matière, et les périls qui pourraient naître de leur omission. C'est surtout dans les cas d'empoisonnement que les magistrats doivent réunir à l'étude de la loi l'étude de la médecine judiciaire, car les médecins sont experts et ne sont pas juges, et leurs rapports doivent être vérifiés et jugés.

1151. Nous nous résumons. Nous avons dit que le crime d'empoisonnement se compose de deux éléments distincts : l'un, l'attentat à la vie par le poison; l'autre, l'emploi d'une substance qui peut donner la mort. L'attentat suppose la volonté de tuer et la préméditation; mais ce n'est pas assez que le poison ait été préparé, qu'il ait été jeté dans les aliments de la victime désignée, que celle-ci l'ait même avalé; il n'y a point de crime encore si cette substance n'est un véri-

[1] Médec. lég., loc. cit.

[2] Tome 2, p. 395.

table poison, si le mode de l'administrer et les aliments qui l'ont accompagnée ont absorbé ses qualités malfaisantes, si dans les circonstances où elle a été présentée elle ne pouvait produire la mort. Telles sont les deux conditions essentielles à l'existence du crime : volonté de donner la mort à l'aide d'une substance vénéneuse, et puissance suffisante dans cette substance pour produire un tel effet.

Il nous reste, sur cette matière, à parler des cas où l'agent administre volontairement des substances qui, sans être de nature à donner la mort, sont nuisibles à la santé et occasionnent des maladies; cet acte, prévu par le deuxième paragraphe de l'art. 317 du code pénal, fera l'objet du deuxième paragraphe de notre chapitre 48.

§ VIII.

Des tortures et actes de barbarie.

1152. L'article 303 du code pénal assimile au crime d'assassinat un crime qui en diffère soit par le but qu'il se propose, soit par l'acte matériel même qui le constitue. Cet article est ainsi conçu : « Seront punis comme coupables d'assassinat, tous malfaiteurs, quelle que soit leur dénomination, qui pour l'exécution de leurs crimes emploient des tortures ou commettent des actes de barbarie. »

Pour comprendre le sens et la portée de cet article, il faut remonter à sa source; l'exposé des motifs s'exprimait ainsi : « Le code assimile aux assassins et punit comme tels tous malfaiteurs, quelle que soit leur dénomination, qui pour l'exécution de leurs crimes emploient des tortures ou commettent des actes de barbarie. Ces individus, à qui les moyens les plus horribles ne coûtent rien pourvu qu'ils arrivent à leurs fins et qu'ils portent la terreur et la désolation partout où ils existent, ne peuvent être retenus que par la crainte du dernier supplice. » M. Monseignat ajoutait : « Cette disposition rappellera à quelques habitants de nos provinces, naguère dévastées, ces bandes féroces, horriblement connues sous le nom de chauffeurs et garrotteurs, noms affreux, mais heureusement relégués dans les

annales de nos guerres civiles [1]. » Ainsi cet article fut inséré pour atteindre les brigands qui désolaient encore, au moment de la première rédaction du code, plusieurs parties de la France. Le projet de ce code portait même textuellement : « Seront punis comme coupables d'assassinat les *garrotteurs*, les *chauffeurs* et autres *malfaiteurs*, etc. » Le but du législateur, le délit spécial qu'il voulait atteindre, servent à expliquer les termes trop vagues de cette incrimination.

1153. Trois conditions doivent concourir pour former le crime : il faut que des tortures aient été employées ou des actes de barbarie commis ; il faut, en second lieu, que ces actes aient été commis par des malfaiteurs ; il faut enfin qu'ils l'aient été pour l'exécution de leurs crimes.

Les tortures et les actes de barbarie n'ont point été définis par la loi ; et la cour de cassation a dû décider que l'appréciation de ces actes est abandonnée à la conscience des jurés, et qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient spécifiés dans leur déclaration [2]. Le caractère de ces crimes, les éléments qui les forment, sont donc complétement livrés à l'arbitraire; les magistrats qui poursuivent, et les jurés qui apprécient, peuvent se déterminer par les motifs les plus capricieux, pour apprécier si tel fait est un acte de torture, tel autre un acte de barbarie. Toutefois, si le législateur n'a point défini le crime qu'il punissait, il en a donné un exemple; il a déclaré qu'il voulait prévoir les cruautés commises par les bandes de brigands dans les guerres civiles; le juge doit donc conserver cet exemple sous ses yeux ; et, sans prétendre y restreindre étroitement les termes de la loi, il doit du moins ne les appliquer qu'à des actes analogues et qui peuvent rentrer dans la même classe. Il faut remarquer encore que ces actes de torture et de barbarie ne peuvent résulter que de faits matériels; car l'article 303 mentionne positivement des actes, et d'ailleurs le sens de l'article l'indique suffisamment.

[1] Locré, t. 30, p. 504.
[2] Cass. 9 fév. 1816.

1154. Il est nécessaire ensuite, et c'est la deuxième condition de l'incrimination, que ces actes aient été commis par des *malfaiteurs*. Que faut-il entendre par ce mot? Nous ne pensons point qu'en donnant cette qualification aux coupables, la loi ait supposé la perpétration d'autres méfaits, et n'ait voulu frapper que ceux que des condamnations précédentes auraient déjà flétris. La qualité de malfaiteur, dans cette hypothèse aussi bien que dans celle de l'article 265 [1], doit se puiser dans les seules circonstances de l'association, dans ses conditions et dans son but; on devient malfaiteur par cela seul qu'on se réunit pour commettre des méfaits, qu'on fait partie d'une bande qui a commis des actes de barbarie et employé des tortures. [[L'art. 303 n'exige même pas, comme l'une des conditions du crime qu'il prévoit, que l'auteur de ces actes fasse partie d'une association de malfaiteurs : le fait de cette association est une indication de la qualité de malfaiteur, mais n'est pas la seule.]]

1155. La loi exige enfin que ces actes aient été commis par les malfaiteurs *pour l'exécution de leurs crimes*. Ces expressions dévoilent toute la préoccupation du législateur; il est visible qu'il avait sous les yeux, en écrivant cet article, une bande de malfaiteurs mettant à profit les troubles du pays pour se livrer au pillage et aux dévastations, et torturant les malheureux qu'elle surprenait pour leur arracher de l'or ou des armes, pour les punir de les avoir dénoncés, pour en obtenir des renseignements nécessaires à leur sûreté. C'est en vue de ces crimes qui faisaient le but de la réunion, que la peine de mort a été portée contre des actes qui n'étaient qu'un moyen d'exécution. Il suit de là qu'il n'est point nécessaire que les malfaiteurs aient eu le dessein de tuer la personne qu'ils ont soumise à des tortures: l'article 303 ne suppose ni la perpétration d'un meurtre, ni la tentative de ce crime; mais il faut que les actes de barbarie ou de torture aient été commis pour exécuter d'autres crimes, et comme moyens d'exécution de ces crimes; c'est cette condition qui les détache de la classe des blessures et mutilations dans laquelle ils seraient

[1] Voy. *suprà*, n° 950.

entrés, et qui, dans une vue de sûreté publique, les a fait assimiler à l'assassinat lui-même, afin de les rendre passibles de la plus forte des peines.

Tels sont les caractères du crime prévu par l'article 303. Il eût été peut-être digne du législateur de faire disparaître, en 1832, une incrimination dangereuse parce qu'elle n'est pas définie, inutile puisqu'elle est restée à peu près inappliquée, et de restituer aux peines générales portées par le code, suivant la gravité des blessures et des mauvais traitements, la répression des actes qui sont l'objet de cette disposition exceptionnelle.

§ X.

Du meurtre précédé ou suivi d'un crime ou d'un délit.

1156. Nous avons vu, dans les premières sections de ce chapitre, que le meurtre exclut toute préméditation ; que, lorsqu'il est accompagné de cette circonstance aggravante, il constitue le crime d'assassinat, et que dès lors, pour établir une juste proportion dans la répression des crimes, le meurtre n'a dû être frappé que d'une peine inférieure à l'assassinat. Tel est le principe de l'article 304, qui porte en général, dans son deuxième paragraphe, que le coupable de meurtre sera puni des travaux forcés à perpétuité. Mais ce principe reçoit plusieurs exceptions. Nous avons déjà fait remarquer que les cas de parricide et d'infanticide, le meurtre simple, s'aggravant de la qualité du coupable et de la faiblesse de la victime, sont punis de mort. L'article 304 ajoute à ces premiers cas deux nouvelles dérogations qui vont faire l'objet de notre examen.

1157. La loi du 28 avril 1832 a modifié l'article 304. L'article 14 du titre 2 du code de 1791 qualifiait assassinat et punissait de mort *l'homicide qui avait précédé, accompagné ou suivi d'autres crimes, tels que ceux de vol, d'offense à la loi, de sédition et tous autres.* Le code pénal adopta, mais en la précisant, cette disposition : la peine de mort fut appliquée lorsque *le meurtre avait*

précédé, accompagné ou suivi un autre crime ou délit. « Cet article, disait le garde des sceaux dans l'exposé des motifs de la loi de 1832, à cause de la trop grande portée de ses dispositions, a été l'objet de beaucoup de critiques ; nous proposons de le modifier. » L'article du projet du gouvernement était ainsi conçu : « Le meurtre comportera la peine de mort lorsqu'il aura eu pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter un autre crime ou délit qui l'aura précédé, accompagné ou suivi, soit de favoriser la fuite ou d'assurer de toute autre manière l'impunité des auteurs ou complices dudit crime ou délit. » La chambre des députés se borna à retrancher dans cet article le mot *préparer*. Ainsi, au système du code qui n'exigeait que la concomitance ou la simultanéité des deux faits, le projet substituait le système de la corrélation ; il voulait que les deux actes fussent unis, non-seulement par un rapport de temps, mais par un rapport de causalité [1].

Cette proposition rencontra des objections à la chambre des pairs : « Cette idée, dit le rapporteur, est éminemment juste, morale et philosophique. On comprend bien qu'un crime ou un délit ne puissent aggraver le meurtre que quand ils ont eu pour but de le préparer et de le faciliter, ou d'en faire disparaître les preuves ; mais votre commission a craint que ces rapports presque impossibles à saisir ne se présentassent pas avec la netteté désirable à l'esprit des jurés, et elle a substitué à l'article du projet une disposition plus simple qui ne donnerait lieu à aucune équivoque. Le meurtre précédé, accompagné ou suivi d'un *crime*, serait puni de mort. Par là est écartée l'hypothèse de la simultanéité d'un délit, et il ne reste plus que la concomitance d'un crime et d'un meurtre. Le principe de votre commission, dans l'article qu'elle vous propose, est autre que le principe du gouvernement, mais il n'est pas moins juste, et il rend la loi d'une plus facile application. » Voici la rédaction que la commission proposait : « Le meurtre emportera la peine de mort, lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un autre crime. » Il y

[1] Code pénal progessif, p. 274.

avait donc deux systèmes différents : celui du gouvernement, qui faisait résulter la peine de mort de la corrélation du meurtre avec un fait criminel, que ce fait fût un crime ou un délit; celui de la commission de la chambre des pairs, qui faisait résulter la même peine de la simultanéité du meurtre avec un autre crime.

Or, dans la discussion, ces deux systèmes, quelques instants balancés et mis en parallèle, furent, par forme de conciliation, adoptés l'un et l'autre et réunis dans l'article 304. Ce double projet éprouva néanmoins quelque résistance quand il revint à la chambre des députés; voici les termes du rapport : « A la simple concomitance que le code pénal exige entre le meurtre et le crime ou délit, pour prononcer la peine de mort, vous aviez substitué une véritable corrélation; vous aviez voulu que les deux actes fussent unis, non pas par un rapport de temps, mais encore par un rapport de causalité. La chambre des pairs n'a adopté ce système qu'en partie : en ce qui concerne le délit, elle a conservé votre rédaction et exigé la corrélation avec le meurtre; en ce qui concerne le crime, elle a maintenu le texte du code et s'est contentée de la concomitance. C'est déjà une atténuation considérable du code, mais ce qui a été conservé de sa rigueur a paru susceptible d'objections assez sérieuses. On a demandé d'abord si punir de mort la réunion de deux faits qui n'ont aucun rapport nécessaire, et qui séparément ne sont pas frappés de cette peine, ce n'était pas créer, contre tous les principes du droit criminel, un crime *constructif*. Il a été répondu que l'aggravation de peine pour un crime résultant d'un autre crime auquel aucun lien ne rattache le premier, n'avait rien de contraire aux principes, et que les peines les plus sévères de la récidive n'avaient pas d'autres fondements. Quoi donc! le meurtrier qui couronne le meurtre par le brigandage ou par le viol, n'est-il pas plus coupable que celui dont la fureur a été allumée par un désir de vengeance et s'éteint après l'avoir obtenue?... Ces raisons ont paru justifier le fond même de la disposition; mais on a objecté que la rédaction si vague, si peu compréhensible, qui ne donne à la connaissance du crime et du meurtre aucune limite, ni de temps, ni de lieu, pou-

vait prêter aux plus dangereuses interprétations. Il a été répondu que le sens de cette disposition avait été depuis longtemps fixé par la jurisprudence, qu'elle ne s'applique qu'à des actes commis presque simultanément, et, comme disent les jurisconsultes, *in eodem tractu temporis*. M. le garde des sceaux s'est rendu dans le sein de la commission, et a déclaré de la manière la plus positive que tel était le sens de l'article du code pénal que l'amendement de la chambre des pairs avait rétabli[1]. »

Dès lors l'article 304 est ainsi conçu : « Le meurtre emportera la peine de mort lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un autre *crime*; le meurtre emportera également la peine de mort, lorsqu'il aura eu pour objet soit de préparer, faciliter ou exécuter un *délit*, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité. »

1158. Il nous serait difficile de donner notre assentiment, en nous plaçant au point de vue théorique, à la deuxième disposition de cet article.

On doit remarquer que dans celle-ci le meurtre qui aura pour objet de préparer, faciliter ou exécuter un délit, sera presque nécessairement prémédité, et que dès lors ce crime serait puni de mort lors même que cette disposition exceptionnelle n'eût pas existé. Si l'on n'admet pas la préméditation, il est plus difficile encore de concevoir que le meurtre, par l'accession d'un simple délit, puisse devenir passible d'une peine réservée à l'assassinat. La loi suppose, à la vérité, un rapport de culpabilité entre le meurtre et le délit ; ils sont le but ou la conséquence l'un de l'autre, ils se confondent dans une même action. Toutefois il ne suit pas de là que le délit doive nécessairement être considéré comme une circonstance aggravante du meurtre. Le meurtre ne peut être aggravé que par des circonstances puisées dans sa nature et qui le modifient. Or le délit, quoique lié au meurtre par le but commun où ils tendent l'un et l'autre, est un acte qui a sa criminalité propre, et qui ne peut rien changer à la nature du meurtre, puisqu'il n'est pas l'un de ses éléments. Le meurtre reste donc avec

[1] Code pénal progressif, p. 274.

son caractère distinctif ; l'accession du délit aggrave peut-être la criminalité de l'agent, mais non de l'acte principal, qui reste le même. L'agent devient responsable rigoureusement, non-seulement du meurtre, mais de la somme de criminalité empreinte dans le délit ; cette responsabilité qui, abstraction faite du meurtre, ne motiverait qu'une peine correctionnelle, doit-elle faire encourir la peine de mort au fait qui, dégagé de ce délit, ne la méritait pas? Cette criminalité secondaire suffit-elle pour combler l'espace immense qui sépare la peine perpétuelle et la peine de mort? Prenons un exemple ; supposons que, surpris dans un flagrant délit de chasse ou de vol, l'agent, dans une première émotion et pour se dérober à la poursuite qui le menace, eût tué le garde ou le propriétaire qui l'a surpris : la loi prononce la peine de mort; par quel motif? uniquement parce que l'agent voulait se procurer l'impunité d'un délit. Supposons maintenant que, surpris par le garde ou le propriétaire, il ait reconnu en lui un ennemi personnel, et qu'il l'ait tué, non plus pour assurer sa fuite, mais par haine et par vengeance ; la loi ne prononce plus que la peine des travaux forcés, car la corrélation cesse entre le crime et le délit. Or la différence de criminalité dans ces deux hypothèses justifie-t-elle la différence des peines? N'est-il pas évident que si le concours du délit, dans la première, détermine le but et l'intention du meurtrier, il ne modifie nullement la nature du meurtre lui-même? Et dans tous les cas, comment les délits si différents moralement l'un de l'autre pourraient-ils avoir le même effet?

1159. Reprenons maintenant l'explication de la loi. La première cause d'aggravation du meurtre est la *simultanéité* d'un autre crime. Le crime est concomitant du meurtre lorsqu'il l'a précédé, accompagné ou suivi, c'est-à-dire lorsque les deux crimes ont été commis dans le même trait de temps, *in eodem tractu temporis.* S'ils avaient été commis à quelque intervalle, les deux actes isolés, indépendants l'un de l'autre, n'auraient plus ce caractère de simultanéité qui, aux yeux du législateur, en augmente la criminalité. Ce point a été formellement reconnu par la discussion qui a été analysée plus haut.

Ainsi la cour de cassation a prononcé l'annulation de l'arrêt d'une cour d'assises qui avait prononcé la peine de mort sur une déclaration du jury portant : 1° que l'accusé s'était rendu coupable d'avoir commis, tel jour, une tentative de meurtre sur les habitants d'une métairie ; 2° qu'il s'était rendu coupable, *le même jour*, d'une tentative de vol dans la même métairie. Les motifs de cette annulation sont : « que s'il résulte de la déclaration du jury qu'une tentative du crime de vol a été commise par le condamné, le jour et dans le lieu où il s'est rendu coupable d'une tentative de meurtre, il ne s'ensuit pas nécessairement que ces deux crimes aient concouru l'un avec l'autre [1]. »

1160. Cependant il n'est pas nécessaire, pour que la peine de mort soit appliquée, qu'il y ait corrélation entre le meurtre et le second crime. « Votre commission, disait le rapporteur de la chambre des pairs, a craint que ces rapports, presque impossibles à saisir, ne se présentassent pas avec la netteté désirable à l'esprit des jurés ; elle a substitué à l'article du projet une disposition plus simple qui ne donnerait lieu à aucune équivoque. Le meurtre précédé, accompagné ou suivi d'un crime, serait puni de mort. » Il suffit qu'il y ait concours de deux crimes, quoique ces deux crimes n'aient point de rapports l'un avec l'autre, ou quoique cette relation ne soit point établie ; mais il faut que ce concours soit simultané. Cette question de la simultanéité des faits, toute du ressort du jury, présente des difficultés qui ne peuvent trouver de solution que dans l'appréciation des circonstances. Mais, en général, les deux crimes ne doivent être considérés comme simultanés que lorsqu'ils sont l'exécution d'un même projet, la suite d'une même action, et qu'ils sont commis dans le même temps et dans le même lieu.

Toutefois les deux crimes ne doivent pas se confondre l'un dans l'autre, ils doivent être indépendants et distincts. Ainsi la cour de cassation a jugé avec raison que la peine de mort ne doit pas être appliquée à l'individu accusé d'avoir commis un meurtre par *violences, abus d'autorité et de pouvoir :* « attendu que les violences et

[1] Cass. 9 juill. 1818, Bull. n° 87, et 10 avr. 1854, Bull. n° 112.

l'abus de pouvoir se rattachaient naturellement au meurtre, et ne constituaient avec lui qu'un seul et même crime [1]. » Mais la même cour a jugé, par un autre arrêt, qu'un individu qui commet, dans une même rixe, un homicide volontaire, accompagné de la tentative d'un autre homicide, est passible de la peine capitale, aux termes du § 1er de l'article 304 [2]. Si cette solution est une stricte conséquence de ces termes, elle en accuserait la rigueur, car la culpabilité de l'homme qui dans une rixe blesse deux de ses adversaires n'est pas plus grande que s'il n'en avait atteint qu'un seul ; ce ne sont même pas deux actes distincts, c'est la même action. Il semble que la loi, en exigeant, pour constituer l'aggravation, la concomitance d'un autre crime, a entendu un crime d'une autre nature ; deux crimes commis à la fois et de diverses natures peuvent déceler dans leur auteur une perversité plus profonde, tandis que le même crime commis plus d'une fois ne révèle qu'une même passion, un même principe dirigeant, une même sorte d'immoralité.

1161. Il ne suffit pas, du reste, pour autoriser l'application de la peine de mort, qu'il soit déclaré par le jury que le meurtre a été accompagné d'un autre *crime;* il faut que la déclaration constate et précise les caractères de ce second crime, et qu'il soit qualifié tel par la loi. Le jury, en effet, ne peut, par sa seule déclaration, imprimer le caractère de crime à un fait qui, d'après les circonstances du procès, ne constituerait qu'un délit, ou ne serait même passible d'aucune peine à l'égard de l'accusé. La jurisprudence nous fournit un exemple pour appuyer cette règle. La cour d'assises de l'Aube avait prononcé la peine de mort sur une déclaration du jury portant que l'accusé s'était rendu coupable : 1° d'un homicide volontaire ; 2° du recélé du cadavre de la victime. Cet arrêt a dû être cassé : « attendu que du rapprochement des deux dispositions de l'article 359 du code pénal, il suit évidemment que le délit correctionnel déterminé dans la première disposition ne peut être constitué que par le fait de celui

[1] Cass. 23 janv. 1813, rapporté par Carnot, t. 2, p. 38.
[2] Cass. 1er avr. 1813, rapporté par Bourguignon, t. 3, p. 277.

qui n'a pas participé au crime de meurtre; qu'à l'égard de celui-ci, ce fait, qui n'est que la suite du meurtre, ne peut jamais prendre le caractère d'un délit qui soit distinct du crime; que celui qui recèle ou cache le cadavre d'une personne homicidée commet une espèce de complicité de meurtre;... qu'on ne peut pas être coupable et puni tout à la fois comme auteur et comme complice; que l'auteur d'un meurtre ne peut conséquemment rentrer dans l'application de l'article 304, et être puni de mort parce que, pour soustraire son crime aux recherches de la justice, il aura caché le cadavre de la personne qu'il avait homicidée [1]. » [[Dans une autre espèce, dans laquelle l'accusé avait été déclaré coupable d'un homicide volontaire *précédé d'un autre crime*, sans que le juge énonçât la nature et les éléments de ce dernier crime, l'arrêt a également été cassé: « attendu que l'aggravation de peine prononcée par le 1er § de l'art. 304 ne peut être appliquée au crime de meurtre qu'autant que ce crime a été précédé, accompagné ou suivi d'un fait expressément qualifié crime par la loi; qu'il ne suffit donc pas, pour autoriser cette aggravation, qu'il soit déclaré que le meurtre a été suivi d'un autre crime; qu'il est nécessaire que le juge précise et constate la nature et les éléments constitutifs de ce second crime [2]. » Mais la disposition de l'article 304 est d'ailleurs générale et absolue; elle ne fait aucune distinction entre telle ou telle classe de crimes, et, par exemple, elle ne distingue point entre les crimes politiques et les crimes communs pour refuser aux premiers et attribuer uniquement aux seconds le caractère de circonstance aggravante: dans ce cas, le meurtre, crime commun, absorbe le caractère spécial des faits qui l'accompagnent [3].]]

1162. Le deuxième paragraphe de l'article 304 est, ainsi que nous l'avons remarqué, une disposition nouvelle. Elle remplit à peu près la lacune laissée par la radiation du mot *délit* dans le premier paragraphe, de sorte que la disposition de l'article 304 n'a éprouvé

[1] Cass. 21 sept. 1815, Bull. n° 50.
[2] Cass. 27 mars 1851, Bull. 120.
[3] Cass. 10 avr. 1852, Bull. n° 120.

en réalité qu'une faible altération des deux modifications dont elle a été l'objet. Toutefois il ne suffit plus, lorsque le fait accessoire au meurtre n'est qu'un simple délit, que ce fait soit commis dans le même temps que le meurtre pour en devenir une circonstance aggravante; il ne suffit même plus que ces deux actes soient connexes et soient nés d'une même cause; le concours du délit ne devient un élément d'aggravation qu'autant qu'il y a relation de cause et d'effet entre le délit et le meurtre, c'est-à-dire, suivant les termes de la loi, qu'autant que le meurtre a eu pour objet soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, soit de favoriser la fuite et d'assurer l'impunité aux auteurs de ce délit. Ainsi l'on ne pourrait plus juger, comme avant la réforme de la loi pénale, que l'article 304 est applicable au cas où le meurtre a été commis avec un stylet [1]; car le port de l'arme prohibée est un moyen, et non un but; le meurtre n'a pas été commis pour faciliter ou exécuter ce délit. On ne pourrait plus juger non plus que l'homicide volontaire d'un garde forestier, lorsque l'agent se trouvait en flagrant délit de chasse, constitue un cas d'application [2], pourvu d'ailleurs que le meurtre n'ait pas été commis pour assurer la fuite et l'impunité du délinquant. Mais il faudrait juger, au contraire, que le meurtre commis pour parvenir à l'exécution d'un vol, ou pour assurer l'impunité de ce vol en faisant disparaître le témoin, rentrerait dans les termes de cette disposition, parce qu'un rapport de cause et d'effet lie ces deux actes.

1163. [[Tous les faits qualifiés délits par la loi peuvent concourir à cette aggravation. Ainsi, les faits de chasse, lorsqu'ils prennent le caractère de délit, peuvent lui servir de base, lorsque c'est pour assurer l'impunité du délinquant que le meurtre a été commis [3]. La soustraction qui a été commise à la suite d'un meurtre d'un père de famille peut également la motiver, si cette soustraction commise par

[1] Cass. 8 août 1817, Sir. 18. 1. 79.

[2] Cass. 21 mars 1822, Sir. 22. 1. 252.

[3] Cass. 21 mars 1850, Bull. nº 105; 6 mars et 5 sept. 1856, Bull. nºs 95 et 307; 12 janv. 1860, Bull. nº 9.

d'autres que les enfants peut être qualifiée vol [1]. Est-il nécessaire que le délit dont le meurtre a eu pour but de préparer l'exécution ou d'assurer l'impunité ait été commis, ou du moins tenté? On cite comme ayant résolu négativement cette question, un arrêt qui se borne à déclarer que le verdict du jury, lorsqu'il est conçu dans les termes mêmes de la loi, est régulier [2]. Il est évident que l'action qui n'a été ni consommée, ni même tentée n'est pas un délit; puisque la loi exige le concours d'un délit, il faut nécessairement que les éléments de ce délit soient constatés et par conséquent qu'il ait une existence légale [3].]]

1164. La corrélation qui unit le meurtre et le délit constituant par elle-même la circonstance aggravante du meurtre, il est indispensable que le jury s'explique formellement à cet égard. Cette règle, déjà reconnue par la jurisprudence avant les modifications survenues dans la loi pénale, ne peut plus aujourd'hui être l'objet d'aucun doute. La cour de cassation la proclamait dans un arrêt du 18 avril 1816, rendu dans l'espèce suivante; la question posée au jury avait été celle-ci: L'accusé est-il coupable d'avoir, au moment même de la tentative de vol, homicidé volontairement telle personne? Le jury, après avoir déclaré la tentative de vol constante, se borna à répondre: Oui, l'accusé est coupable d'homicide volontaire. La cour d'assises appliqua la peine de mort, mais l'arrêt fut cassé: « attendu qu'il n'y a devant les cours d'assises de faits constants que ceux qui sont le résultat nécessaire de la déclaration d'un jury légal; qu'en répondant à la question qui concernait le meurtre, le jury avait gardé un silence absolu sur celle qui avait pour objet de savoir si ce crime avait été commis en même temps que la tentative de vol; qu'à quelque cause que l'on attribuât le silence du jury sur cet objet, il en résultait toujours que le rapport entre le meurtre et la tentative de vol restait absolument inconnu; qu'on ignorait s'ils avaient été commis

[1] Cass. 21 déc. 1837, Bull. n° 435.
[2] Cass. 14 avr. 1842, Sir. 42. 1. 412.
[3] Cass. 21 mars 1850, Bull. n° 105.

ensemble ou à des longs intervalles, si c'étaient deux faits isolés, étrangers l'un à l'autre, ou si, au contraire, ils avaient entre eux cette liaison qui en augmente la gravité au point d'en soumettre l'auteur à la plus grande peine [1]. » [[Et comme, en outre, le fait de la concomitance ou de la corrélation des deux faits constitue une circonstance aggravante du meurtre, il est indispensable, sous peine d'être entachée du vice de complicité, que cette circonstance fasse l'objet d'une question distincte et séparée au jury [2].]]

1165. Nous terminons ici un chapitre dans lequel nous avons dû développer avec quelque étendue la matière qui concerne le plus grave des crimes, l'homicide. Nous avons d'abord expliqué les éléments du meurtre; nous avons ensuite examiné les causes qui peuvent l'aggraver: ces causes sont puisées soit dans la qualité, soit dans la faiblesse de la victime, soit dans la circonstance de la préméditation, soit enfin dans les circonstances les plus atroces du crime, et dans la concomitance d'autres crimes ou délits. Nous avons parcouru successivement ces grandes phases de la criminalité, recherchant avec soin l'esprit de la loi souvent méconnu par la jurisprudence, et les causes morales qui expliquent cette loi parce qu'elles en dominent les décisions. Cette matière, la plus importante peut-être de notre code, n'est point terminée encore. Après le meurtre, viennent les faits qui le modifient, soit parce que l'intention de tuer ne résulte pas aussi évidemment de faits moins graves, soit parce que la provocation ou la légitime défense change le caractère de l'homicide, soit enfin parce que l'absence de toute intention criminelle ne laisse plus subsister qu'une imprudence. En parcourant toutes ces matières, qui se groupent naturellement dans les chapitres suivants, nous ne changerons rien à l'ordre du code, quoiqu'une sévère méthode pût, à juste titre, critiquer plus d'une fois l'enchaînement de ses dispositions.

[1] Cass. 18 avr. 1816, Bull. n° 273, et cass. 21 mars 1850, Bull. n° 105.

[2] Cass. 3 juin 1852, Bull. n° 180.

FIN DU TOME TROISIÈME.

Poitiers.— Imp. de A. Dupré.

THÉORIE DU CODE PÉNAL.

TABLE

DES

CHAPITRES ET DES ARTICLES

CONTENUS DANS LE TROISIÈME VOLUME.

CHAPITRE XXXI.—DES ABUS DE L'AUTORITÉ.

(Commentaire des art. 184 à 198, C. pén.)

CHAPITRE XXXV.—Refus d'un service dû légalement.

(Commentaire des art. 234, 235 et 236, C. pén.)

CHAPITRE XXXVI.—De l'évasion des détenus et du recèlement des criminels.

(Commentaire des art. 237 à 248, C. pén.).



CHAPITRE XXXVII.—BRIS DE SCELLÉS ET ENLÈVEMENT DE PIÈCES DANS LES DÉPÔTS PUBLICS.

(Commentaire des art. 249 à 256, C. pén.).

§ Ier. — *Bris de scellés.*

§ II.—*Enlèvement de pièces dans les dépôts publics.*

CHAPITRE XXXVII.—DÉGRADATION DES MONUMENTS.

(Commentaire de l'art. 257, C. pén.).

CHAPITRE XXXIX.—Usurpation de titres ou fonctions.

(Commentaire des art. 258 et 259, C. pén.).

CHAPITRE XL.—Entraves au libre exercice des cultes.

(Commentaire des art. 260 à 264, C. pén.).

CHAPITRE XLI.—Association de malfaiteurs.

(Commentaire des art. 265, 266, 267 et 268, C. pén.).

CHAPITRE XLII.—Du VAGABONDAGE.

(Commentaire des art. 269, 270, 271, 272, 273, 277 et 281, C. pén.).

CHAPITRE XLIII.—De LA MENDICITÉ.

(Commentaire des art. 274 à 282, C. pén.).

CHAPITRE XLIV.—Publication ou distribution d'écrits ou gravures sans noms d'auteur, imprimeur ou graveur.
(Commentaire des art. 283 à 290, C. pén.).

CHAPITRE XLV. — Associations et réunions illicites.
(Commentaire des art. 291, 292, 293 et 294, C. pén.).

CHAPITRE XLVI.—De l'homicide volontaire.

(Commentaire des art. 295, 296, 297, 298, 300, 301, 302, 303 et 304, C. pén.).

Art.	Pages.	Art.	Pages.	Art.	Pages.	Art.	Pages.
13	116	212	100, 106	242	208	273	298
184	1	213	104	243	202	274	306
185	22	214	102	244	210	275	310
186	26	215	102	245	180, 210	276	314
187	22	216	108	246	210	277	316
188	38	217	110	247	204	278	318
189	40	219	108	248	212	279	318
190	40	220	108	249	218	282	320
191	40	221	112	250	222	283	328
192	42	222	114	253	224	284	334
193	42	223	132, 140	254	226	285	336
194	42	224	136	255	228	286	338
195	46	225	138	256	230	287	340
196	48	226	142	257	232	288	340
197	48	227	142	258	238	289	342
198	54	228	146	259	242	290	342
199	62, 66	229	147	260	250	291	318, 382
200	62, 66	230	147	261	250	292	380
201	62, 68	231	158, 164	262	260	293	378
202	62, 68	232	162	263	260	294	378
203	62, 68	233	162	264	262	295	390, 450
204	62, 74	234	172	265	264	298	434
205	62, 74	235	178	266	266	297	436
206	62, 74	236	176	267	270	299	406
207	62, 78	237	192	268	272	300	420
208	62, 78	238	192, 206	269	276	301	522
209	84	239	200, 206	270	276	302	420, 522
210	100, 104	240	200, 206	271	288	303	538
211	100, 106	241	202	272	302	304	542





